Italy

IL COMMODUM SEPARATIONIS

NEL DIRITTO ROMANO E MODERNO

DEL

D.r GIOVANNI BAVIERA

Professore pareggiato nella R. Università di Pisa

BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

1901

IL COMMODUM SEPARATIONIS

NEL DIRITTO ROMANO E MODERNO

DEL

D.r GIOVANNI BAVIERA

Professore pareggiato nella R. Università di Pisa

BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

1901

INDICE

Prefazione . . . . Pag. VII
Bibliografia . . . . » IX
Introduzione. . . . . » 1

PARTE PRIMA

Diritto romano

Cap. I - Cenni storici sull'origine del commodum separationis.

1. Il concetto informatore del diritto successorio romano e la sua trasformazione . . . . Pag. 21
2. Limiti alla responsabilità ultra uires hereditarias dell'erede. Lex Voconia, Furia, Falcidia. Commodum abstinendi. . » 13
3. Commodum separationis . . . . » 15
4. Origine della separatio da tale commodum. . . . . » 16

Cap. II - A chi era concesso il commodum separationis.

5. Potevano chiederlo i creditori ereditarî in generale. . . . . Pag. 21
6. Se per obbligazione naturale. Interpolazione del fr. 1, § 18 . » 23
7. I creditori e del suo pupillo morto intra pubertem . . . . . » 25
8. I creditori di più eredi successivi . . . . » 26
9. I creditori castrensi. Probabile interpolazione del fr. 1, § 9. » 26

10. Il creditore del debitore succeduto al suo fideiussore . . . Pag. 27
11. I legatarî . . . . » 29
12. Se i creditori ipotecarî. . . . . » 30
13. I creditori cessionari . . . . » ivi
14. I creditori dell'erede. Interpolazione del fr. 1, §§ 5-6 . . . » 31
15. Se lo stesso erede . . . . » 34

Cap. III - Limitazione ed estinzione della facultas separandi e sua sfera obbiettiva d'esplicazione.

16. Se la separatio presuppone l'insolvibilità dell'erede . . . . Pag. 36
17. Non può chiedersi oltre i cinque anni dall'àditio. . . . . . » 47
18. Se il creditore ha novato il suo credito verso il defunto coll'erede. Interpetrazione del fr. 1, § 10, 11, 15 e del fr. 7 » 48
19. Se la morte dell'erede ne estingue il diritto . . . . » 54
20. Se può coesistere col beneficium inuentarii . . . . » ivi
21. Su quali beni poteva esercitarsi . . . . » 55
22. Influenza della confusione ereditaria sulla facultas separandi » 59

Cap. IV - Procedura per ottenere la separatio. Caratteri del diritto che ne sorgeva.

23. Importanza processuale dell'istituto . . . . Pag. 61
24. Magistrato e foro competente. Interpolazione del fr. 1, § 14. » 62
25. Procedura che si seguiva dinanzi a lui . . . . » 63
26. Caratteri del diritto nascente dalla separatio. È un 'priuilegium exigendi' . . . . » 65
27. Come si esplicava nei vari periodi della storia della procedura romana di esecuzione . . . . » 67
28. Critica delle opinioni contrarie . . . . » 68

Cap. V - Effetti del commodum separationis.

29. Effetti di fronte all'erede . . . . Pag. 79
30 [1]. Trasformazione del concetto del commodum separationis nel diritto giustinianeo. Interpolazione del fr. 1, § 17, e modi d'intendere la contraddizione dei fr. 1, § 17, 3, 5 » 81

---

[1] Per un errore tipografico è stato omesso il n. 30 a pag. 81. Il § 30 comincia appunto con le parole 'A questa conclusione la quasi unanimità' ecc.

31. Effetti di fronte ai creditori che hanno novato coll'erede il loro credito col defunto. Interpetrazione del fr. 1, § 16 PAG. 91
32. Di fronte ai legatarî e fra di essi . . . . » 93
33. Di fronte al fisco . . . . » IVI
34. Conclusione . . . . » 94

PARTE SECONDA

Diritto moderno

Cap. VI - IL COMMODUM SEPARATIONIS NEL DIRITTO MEDIO, CONSUETUDINARIO FRANCESE, NEL CODICE NAPOLEONICO E NELLE LEGISLAZIONI ITALIANE PRECEDENTI IL CODICE CIVILE DEL 1865.

35. Mancanza di notizie sull'ulteriore svolgimento della separatio. La *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio . . . . . PAG. 99
36. Nel diritto consuetudinario francese precedente la codificazione » 100
37. Nel codice Napoleonico del 1812 . . . . » 102
38. Nel codice delle due Sicilie del 1819. . . . . » 104
39. Nel codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 . . . . » IVI
40. Nel R. Editto ipotecario del 16 luglio 1822 per gli Stati di Terraferma del Re di Sardegna . . . . » IVI
41. Nel Regolamento per gli Stati Pontifici del 10 novembre 1834 » 105
42. Nel Motuproprio granducale del 2 maggio 1836 per la Toscana. . . . . » IVI
43. Nel codice civile Albertino del 1.° gennaio 1838. . . . . . » 106
44. Nel codice Estense del 25 ottobre 1851 . . . . » IVI
45. Nel codice Italiano del 25 giugno 1865 . . . . » IVI

Cap. VII - CHI PUÒ CHIEDERE IL COMMODUM SEPARATIONIS.

46. I creditori ereditari in generale. Portata del concetto di credito e creditore. PAG. 111
47. Se per obbligazione naturale . . . . » 113
48. Se per crediti già garantiti con fideiussione ed ipoteca . . » 114

49. I creditori eventuali dell'eredità . . . . Pag. 115
50. I creditori cessionarî . . . . » ivi
51. I creditori surrogati . . . . » ivi
52. Se il creditore di un debitore istituito erede del fideiussore . » 116
53. Caso inverso. . . . . » 117
54. I creditori di più eredi successivi. . . . . » ivi
55. Se i creditori dell'erede. Azione pauliana e suoi estremi . » 118
56. Se i creditori di un creditore ereditario . . . . » 120
57. I legatarî. Distinzione fra le varie categorie di legatarî . . » 121
58. Se l'erede o il coerede. » 123

Cap. VIII - Sfera obbiettiva d'applicazione del commodum separationis.

59. Che bisogna intendere per patrimonio del defunto . . . . . Pag. 125
60. Le variazioni all'entità del patrimonio e loro influenza sulla facultas separandi . . . . » 127
61. Variazioni apportate dal defunto con atti fra vivi. . . . . » 128
62. Variazioni apportate con atti di ultima volontà. I legati . » ivi
63. I crediti verso l'erede. Gli effetti della confusione ereditaria » 130
64. Modificazioni apportate dall'erede riguardo ai beni mobili. » 134
65. Riguardo ai beni immobili. Permuta o alienazione. . . . . » 135
66. Se i creditori hanno la scelta del prezzo o la persecuzione reale dell'immobile alienato . . . . » 136
67. Quali beni restano esclusi dalla separatio. . . . . » 137
68. Se possa qui aver vigore la massima 'fructus augent hereditatem' . . . . » 138
69. La cosidetta indivisibilità della facultas separandi . . . . . » 140

Cap. IX - Come si ottiene la separatio.

70. Importanza processuale dell'istituto . . . . » 141
71. Come si esercita riguardo ai beni mobili. Domanda giudiziale » 142
72. Limiti dell'esame del giudice . . . . » 143
73. Se può invocarsi in via d'eccezione o d'incidente. . . . . » ivi
74. Contro chi deve proporsi . . . . » 144
75. Criterî per stabilire la competenza del giudice . . . . . . » ivi
76. Disposizioni per la conservazione dei beni mobili. . . . . . » 145
77. Riguardo ai beni immobili. Iscrizione d'ipoteca. . . . . . . » 146
78. Disposizioni speciali per l'iscrizione di quest'ipoteca e per la sua validità. . . . . » 147

Cap. X – Limitazioni all' esercizio della facultas separandi e sua estinzione.

79. Se la facultas separandi presupponga l'insolvibilità dell'erede Pag. 149
80. Se il beneficium inuentarii limita la facultas separandi . . » 152
81. Se la giacenza dell'eredità abbia lo stesso effetto . . . . . » 155
82. Se la separatio può esser inibita o rinunziarsi in precedenza » 157
83. Se può esplicarsi nonostante la assenza dell'erede . . . . - » 158
84. Se lo stato di fallimento dell' erede la impedisce. . . . . . » 160
85. Se la cauzione prestata dall'erede estingue la facultas separandi . . . . » ivi
86. Le eventuali riduzioni dei legati ne limitano l'esercizio . . » ivi
87. Deve esercitarsi entro tre mesi dalla morte del debitore. . . » 161
88. Se si perde per prescrizione o per decadenza. Effetti della decisione . . . . » 162
89. Come si computa il termine di tre mesi. . . . . » ivi
90. Altre conseguenze del carattere di decadenza dei termini utili assegnati all' esercizio della facultas separandi. . . » 163
91. La confusione ereditaria e la sua influenza sulla separatio. » 164
92. Novazione del creditore ereditario coll' erede. Art. 2056 e sua interpetrazione . . . . » ivi
93. Critica dell' interpetrazione comune. . . . . » 165

Cap. XI - Effetti della separazione.

94. Discussione delle varie costruzioni giuridiche dell' istituto. La separazione rescinde l' adizione e limita all' eredità separata la responsabilità dell' erede . . . . Pag. 173
95. La separazione sospende l' adizione. . . . . » 177
96. La separazione non limita la responsabilità dell' erede intra uires hereditarias ed i creditori del defunto sono preferiti nel soddisfacimento a quelli dell' erede sul patrimonio ereditario, e se insoddisfatti possono rivolgersi sui beni dell' erede dimissis proprii heredis creditoribus. . . . . . » 178
97. La separazione non limita la responsabilità dell' erede intra uires e i suoi creditori non godono della preferenza di cui al n.° precedente . . . . » 179
98. Si segue quest' ultima costruzione. Esame dell' art. 2055. Sua critica e sua interpetrazione . . . . » ivi
99. Effetti riguardo ai separatisti e i creditori dell' erede. Produce una prelazione nel soddisfacimento . . . . » 183

100. Discussione del carattere di questa prelazione . . . . PAG. 185
101. Se costituisce un ius sui generis . . . . » 186
102. Se è un diritto reale e cioè un' ipoteca. . . . . » 187
103. La separazione produce un privilegio. Discussione di tale idea e sue pratiche applicazioni . . . . » 189
104. Effetti della separazione nei rapporti dei separatisti fra loro » 197
105. Tra essi e i non separatisti . . . . » IVI
106. Tra separatisti e i non separatisti di fronte ai terzi aventi causa dall' erede. . . . . » 203
107. Effetti nei rapporti dei legatarî fra loro e nei rapporti coi creditori separatisti e non separatisti. . . . . » 204
108. Effetti della separazione di fronte ai terzi acquirenti dei beni della successione. » 205
109. Influenza della separazione sui crediti ereditarî . . . . . . » 206

Cap. XII - IL COMMODUM SEPARATIONIS NEL DIRITTO INTERNAZIONALE.

110. Posizione e limiti del tema. . . . . PAG. 209
111. Opinione secondo cui la legge dell' erede regola la capacità a separare . . . . » 210
112. Opinione secondo cui è la legge del defunto quella che decide della facultas separandi . . . . » IVI
113. Opinione dell' autore: la legge secondo cui è divenuta esistente l'obbligazione. - Sua dimostrazione . . . . . . » IVI
114. Applicazione pratica di tale norma . . . . » 211

Indice delle fonti citate. . . . . » 213
Errata-corrige . . . . » 215

Rimandando all' Introduzione e alla Bibliografia per tutto quanto riguarda più da vicino l' opportunità di questo studio, i concetti a cui mi sono attenuto nello scriverlo e i rapporti che passano tra la parte romanistica di questo volume e il mio precedente lavoro sullo stesso tema, pubblicato negli *Studi e documenti di storia e diritto* [Roma 1899, vol. XX, pag. 4-59], mi fermo qui soltanto per chiarire un punto che si riferisce al titolo e all' economia del lavoro.

Ho adoperato il titolo di 'commodum separationis' perchè è l' unico che si possa e si debba adattare al nostro istituto. Infatti l' altro di 'separatio bonorum' o di 'separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede' è inesatto, secondo ho dimostrato a pag. 75 e segg. e 126 e segg., e non risponde nè alle fonti romane, nè al concetto, nè alla odierna figura dogmatica della 'separatio'.

Per ciò che si riferisce al diritto moderno — con che ho inteso alludere al diritto vigente nelle diverse nazioni che possiedono un codice ([1]) — invece di assegnarvi capitoli e paragrafi autonomi, mi è parso più utile richiamare in nota gli articoli dei varî codici, a mano a mano che venivo svolgendo le linee della figura dogmatica del commodum separationis. Ho creduto in tal modo evitare da un lato l' arida monotonia che avrebbe offerto l' indicato metodo di esposizione, dall' altro raggiungere meglio il fine che si propongono simili studi: far rilevare cioè le somiglianze e le differenze che intercedono fra le varie legislazioni in ordine ad un medesimo istituto per lumeggiarne ancor meglio la figura. Scopo che è più opportunamente raggiunto quando si ha l' agio di veder sempre rilevati i particolari di tali differenze mano mano che si procede nella costruzione di quella.

Prego il lettore di correggere da sè qualche errore di stampa sfuggitomi: nell' *errata-corrige*, infatti, sono rettificate soltanto le citazioni sbagliate.

Strassburg. i. E. marzo 1901.

([1]) Quantunque il Burgerliches Gesetzbuch del 18 agosto 1896 sostituì i vari codici vigenti in Germania, pure, sia perchè in esso non si rinviene il nostro istituto, sia per l' importanza speciale delle varie legislazioni tedesche a base di diritto romano, specie per quanto si riferisce al commodum separationis, ho tenuto conto dei codici sassone, bavarese e territoriale prussiano, solo da un anno non più in vigore.

BIBLIOGRAFIA

Cito qui le opere generali, le monografie più notevoli sull' argomento, le principali riviste giuridiche e i codici di cui mi sono servito, riserbandomi di richiamare nel corso del lavoro, ove occorra, gli altri scritti di minore importanza.

DIRITTO ROMANO

ARNDTS, Lehrbuch der Pandekten [traduzione italiana di F. SERAFINI] vol. III, § 524.

BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, vol. III, 2.ª ed. [Erlangen 1886], § 398.

DERNBURG, Pandekten, vol. III [Berlin, 1887] § 170.

SCHWEPPE, System des Konkurses der Gläubiger, 1829, § 149.

CUJACIUS, Opera omnia, ed. napoletana del 1722, vol. 1, c. 446, A; c. 847, C, D; vol. 4, c. 881, B; c. 851, A, E; c. 1346, A; vol. 5, c. 1987 sign.; vol. 6, c. 326, C; vol. 9, c. 1129, A. 399.

GIRARD F. P., Manuel élémentaire de droit romain. 2.ª ed. [Paris, 1898] pag. 869 e segg.

KOEPPEN, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts [Würzburg, 1895] pag. 218-221.

SERAFINI F., Istituzioni di diritto romano, vol. II, 7.ª ed. [Modena, 1899] § 325.

WENDT, Lehrbuch der Pandekten [Jena, 1888] § 376.

WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7.ª ed. [Frankfurt a. M. 1891] § 607.

BAVIERA G., Storia e teoria della separatio bonorum nel diritto romano, negli *Studi e documenti di storia e diritto*, vol. XX [Roma, 1899] pag. 4-59. È un lavoro piuttosto affrettato, non scevro di qualche lacuna e di parecchie inesattezze, citato solo per la bibliografia. La parte romanistica della presente monografia non è che questo lavoro dell' A. del tutto rifatto ed ampliato.

Eller. Die Lehre von beneficium separationis bonorum, 1890. [Inaugural dissertation]. Lavoro abbastanza scadente e per nulla originale.

Hofmann, Die Lehre von beneficium inventarii und von der separatio bonorum nella *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. VIII [Wien, 1880] pag. 554 e segg.

Jaeger E., Die Voraussetzungen eines Nachlasskoncurses. München, 1893. Si occupa da pag. 28 a pag. 40 del nostro istituto, anche in diritto moderno, ma di passaggio e sotto uno speciale punto di vista, per criticare cioè la 'moderne Auffassung von der konkursrechtlichen Bedeutung der sep.'

Oertmann, Das beneficium separationis in römischen und heutigen Recht, nella *Zeitschrift* del Grünhut, vol. XVIII [1890] pag. 257 e segg. È l'unica seria monografia sull'argomento che possegga la letteratura romanistica. Presenta però il notevole difetto di non distinguere il diritto antigiustinianeo dal giustinianeo e una esegesi dei testi abbastanza superficiale.

Nei *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. XXII [1895], pag. 82 e segg., l'Oertmann ritorna sull'argomento con uno scritto dal titolo 'Separation und Absonderung' in cui difende soltanto il suo precedente lavoro dalle critiche mosseglі dallo Jaeger.

Ferrini, Appunti sulla separatio bonorum. Recensione al mio lavoro citato in *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*. N. S., vol. IV [1899], pagg. 544-549.

Solazzi, Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede nel *Bollettino dell'istituto romano*, vol. XI, pagg. 248-264. Malauguratamente ebbi troppo tardi conoscenza di questo scritto perchè avessi potuto tenerne conto nel corso del lavoro. Giuntomi infatti quando era stampata la conclusione della parte romanistica, mi son dovuto contentare di occuparmene in una nota aggiunta a pag. 95.

DIRITTO MODERNO

Per il diritto italiano si consultino le opere generali:

Chironi, Istituzioni di diritto civile italiano, vol. II, § 460 [Torino, 1882].

Pacifici-Mazzoni, Codice civile italiano commentato. Trattato delle successioni, vol. V, pagg. 544-596.

Ricci, Corso teorico-pratico di diritto civile italiano, vol. X, n.° 295-307.

Inoltre i lavori monografici:

LEVI, Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede e specialmente dei rapporti che ne risultano tra i creditori del defunto e quelli dell'erede, 2.ª ed., Prato, 1875. È una tesi di laurea.

LOSANA, La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede secondo il cod. civ. ital., Torino, 1898.

MELUCCI, Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede secondo il codice civile italiano col confronto del diritto romano, del codice di Napoleone e della giurisprudenza italiana e francese, Torino, 1878.

MIRABELLI, Del diritto dei terzi secondo il diritto civile italiano, vol. I. [Torino, 1889], La separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, pag. 632-720.

RIGHINI, Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede secondo il cod. civ. italiano. Cito quest' ultimo lavoro per la bibliografia, ma non mi fu dato vederlo.

Per il DIRITTO FRANCESE:

AUBRY et RAU sur ZACHARIAE, Cours de droit civil français, [4.ª ed. 1873], vol. VI, pagg. 470-508.

DEMALOMBE, Cours de Code Napoléon, vol. XVII [Paris, 1875], Traité des Succession, n.º 98-263.

LAURENT, Principes de droit civil français, vol. X [1874].

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, vol. III, Des successions, pagg. 227-289.

Per il DIRITTO AUSTRIACO:

UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, vol. IV, [Leipzig, 1889]. Das österreichische Erbrecht, § 41.

Per il DIRITTO SASSONE:

E. SIEBENHAAR, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts [Leipzig, 1872] § 516.

Per il DIRITTO BAVARESE:

P. von ROTH, Bayrisches Civilrecht, 2.ª ed., parte 3.ª, 2 [Tübingen, 1898], § 400.

Per il DIRITTO SVIZZERO:

HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, vol. II, [Basel, 1888], pagg. 435-439.

Per il DIRITTO TEDESCO:

DERNBURG, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, vol. III. Familienrecht und Erbrecht, 4.ª ed., [Halle, a. S., 1896], § 233.

FÖRSTER, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts bearbeitet von ECCIUS, vol. I, 5.ª ed. [Berlino, 1887], pag. 619.
ENDEMANN, Einführung in das Studium des bürgelichen Gesetzbuchs. Lehrbuch des burgl. Rechts, 3.ª-5.ª ed., vol. III [Berlin, 1899], § 85 e § 105.

RIVISTE E RACCOLTE DI GIURISPRUDENZA

Archivio Giuridico « Filippo Serafini ».
Ihering's Iahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.
Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Giurisprudenza italiana.
Fôro italiano.
Annali della giurisprudenza italiana.
Journal du Palais.

CODICI

Codice del Cantone di Geneve, 19 aprile del 1804, art. 878-881 e art. 2111.
» » Vaud, 11 gennaio 1819, art. 1793-1795.
» » Fribourg, 1° gennaio 1841, art. 980-984.
» » Valais, 1° gennaio 1855, art. 899-907.
» » di Zurigo, sett. 1887, § 958.
Codice sassone, febbraio 1863, art. 2333-2342.
» dell'Uraguay, 25 gennaio 1863, art. 1142-1146.
» dell'Argentina, 29 settembre 1869, colle riforme del 1883, art 3433-3448.
» del Chili, art. 1378-1385.
» olandese, 30 sett. - 1° ott. 1838, art. 1153-1157.
» austriaco, 1° sett. 1853, § 812.
Allgemeines Landrecht, 5 febbr. 1794, I, 16, § 500-12.
Preussische Konkursordnung, 8 maggio 1855, § 37 e §§ 256-261.
Reichskonkursordnung, 1° febbr. 1877, § 43.
BRINI, Schema per un codice civile nella Repubblica di S. Marino, [Bologna, 1898] § CCCVIII, pag. 283.

INTRODUZIONE

Recentemente il Losana, l' ultimo degli scrittori che in ordin di tempo ha trattato dell' istituto del commodum separationis nel diritto civile italiano, scrisse nella prefazione della sua monografia che esso si presenta ' di torbidi nuvoli involuto '.

E non ha punto esagerato con tale suo giudizio. Poichè la separatio costituisce ai nostri giorni il rovello della dottrina e della giurisprudenza, che si affannano a trovare un concetto fondamentale *unico* da cui possano rigorosamente tirarsi tutte le conseguenze logiche, e che rappresenti il criterio direttivo nella decisione delle innumerevoli controversie che s' addensano nella pratica applicazione dell' istituto in esame.

Ma, purtroppo, il metodo che finora si è seguito da tutti indistintamente non può condurre ai risultati che si cercano.

Gli scrittori infatti si son rivolti senz' altro a studiare il commodum separationis nel diritto romano. Bre-

vemente, imperfettamente, e, come io credo, erroneamente hanno creduto ricostruirne in esso la figura e la funzione reale, poichè la loro altra non è stata che una arida esposizione priva di vita. Le ricostruzioni squallide e rachitide, che hanno tratto dalle fonti romane di quell' istituto, sono figure isolate che vacillano erranti, di cui non si conosce il posto che loro compete nel vasto e complesso sistema di quel diritto. Nessuno studio, infatti, è stato rivolto ad esaminare i molteplici rapporti che avvincono indissolubilmente la separatio a tutto quanto il sistema romano del diritto ereditario e in special modo processuale; a dedurre la funzione immediata dell' istituto dai bisogni cui rispose in origine; a indagare se tale funzione primitiva si sia mantenuta sempre uguale, o piuttosto non siasi mutata, e in quanto, per il successivo modificarsi della vita giuridica. Quindi gli scrittori sono passati al diritto moderno, fermandosi all' esteriorità delle disposizioni positive dei varî codici, per ricavar da esse la figura attuale della separatio.

E siccome, purtroppo, dai codici non risulta netta e distinta tale figura, presentandosi dai contorni imprecisi e sfumati, le loro ricostruzioni ne risentono tutte le conseguenze, che si concretano nel non poter determinare esattamente la funzione, le rôle direbbero i francesi, che l' istituto ha oggigiorno, e quindi il criterio fondamentale e direttivo che ne governi la pratica applicazione. La ricostruzione compiutane nel diritto romano — a prescindere dall' intrinseca imperfezione che non avrebbe permesso ricavarne un' utilità assoluta — non ha avuto altro scopo che quello di un puro

riscontro storico, che si ferma a rilevare solo quali e quante delle norme romane si riproducono nei codici moderni. I difetti già notati più su hanno un esatto riscontro anche in questo campo. La figura del commodum separationis è rimasta sempre isolata. Ricercare in quali rapporti essa si trovi col moderno sistema ereditario e delle obbligazioni e qual posto le spetti nel sistema, è un problema che nessuno degli scrittori che io conosco ha creduto utile il proporselo. La funzione dell' istituto è stata perciò inesattamente colta e capricciosamente sdoppiata ed anche moltiplicata, seguendo quell' inaccettabile communis opinio che per funzione della separatio intende il motivo per cui la separatio è data. Le si sono assegnate quindi parecchie *funzioni*, senza badare menomamente alla loro compatibilità colla *struttura* odierna dell' istituto.

Ognun vede quindi come seguendo tal metodo poco o nulla si ottiene. Un istituto giuridico — mi si passi il paragone atto a render bene l' idea — è come una ruota nel congegno d' un orologio. E come la descrizione esatta di essa e della sua struttura non basta a rendere un concetto preciso e chiaro della sua funzione, che può ben comprendersi soltanto in rapporto all' intero congegno di cui fa parte, così la figura dogmatica di un istituto non potrà mai bastare, — quand' anche si giunga a ritrarla netta e precisa, ciò di cui dubito assai — a renderne esattamente il suo genere di attività, il suo effetto cioè principale ed essenziale, in altre parole la sua funzione.

Nello studio quindi che mi accingo a fare mi sono sforzato il più che sia possibile di evitare tali errori ed

imperfezioni. Il mio scopo è stato quello di ricostruire una figura unica del commodum separationis, la cui funzione fosse rigorosamente fissata entro i limiti dello scopo cui risponde l'istituto — limiti ricavati soltanto dallo studio delle sue origini e della sua evoluzione: di stabilire in altri termini il criterio direttivo fondamentale a cui rivolgersi quale ratio decidendi nelle infinite questioni che inceppano l'opera del giudice.

E per raggiungere tale scopo mi sono rivolto in prima linea al diritto romano, per cogliervi fedelmente la prisca figura della separatio e la sua funzione originaria e dei secoli posteriori. Sono passato quindi a studiarla nei codici anteriori al nostro del 1865. E ciò non per mera pompa di erudizione, ma in base a quell'inconcusso principio stabilito per la prima volta dalla scuola storica, che il diritto di oggi non è che un ulteriore svolgimento del precedente di cui riproduce — o dovrebbe riprodurre — quella parte ancora adattabile ai bisogni della vita.

Per la ricostruzione teorica poi, non mi sono servito esclusivamente delle disposizioni positive del nostro o dei codici di altre nazioni, poichè essi per me sono stati non il punto di partenza, ma piuttosto quello di arrivo. Ho attinto invece i materiali dappertutto, movendo dal concetto che l'opera dell'odierno civilista non deve limitarsi alla gretta e pedante interpretazione del testo, nè che il diritto civile si esaurisca nella legge positiva. Purtroppo non è questo il sistema che fino a poco tempo addietro tenevasi in Italia. Ma la scienza del diritto civile, e dico meglio privato, ha fini ben più nobili ed elevati. Al giureconsulto è riserbato il compito diffici-

lissimo di soccorrere con gli sforzi fecondi della ricostruzione teorica la pratica della vita. E al caso nostro trattandosi di un istituto, fonte perenne di questioni insolute, malamente e incompletamente disciplinato dai codici, alterato nella sua funzione originaria, dalla figura incerta e vacillante, soltanto gli aiuti poderosi della teoria possono dare i criterî fondamentali di decisione che invano si cercherebbero nei codici.

Nè solo a questo mi son fermato. Ma qua e là ho tentato di rilevare quali le modificazioni da introdurre de jure condendo nel disciplinare il commodum separationis.

Io ignoro quanto sia riuscito in questi suggerimenti: so però che li ho ricavati dallo studio della struttura dell' istituto e della corrispondente sua funzione nel corso dei secoli. Poichè è in questo punto che si concreta e matura tutto il gran problema della scienza del diritto privato: sceverare il caduco da ciò che è ancora vitale. Ogni modificazione da introdurre nel diritto positivo, perchè si adatti a disciplinar meglio le mutate condizioni di vita, si risolve in modificazione di singoli istituti giuridici; modificazione cioè della loro funzione, che giammai può ottenersi senza il correlativo cambiamento della loro struttura, a cui quella è intimamente collegata. Si parla comunemente di innovazione: ma la parola più adatta e più idonea per esprimere tale idea sarebbe l' altra di *specificazione* nel proprio e vero senso giuridico. Poichè in ultima analisi si tratta di specificare strutture di istituti esistenti. La creazione ex nihilo non esiste nel nostro campo, come non esiste nel mondo fisico. Ora in tale operazione difficilissima si concreta

il compito dell' odierno civilista. È a lui, viva vox dei bisogni della vita sociale, che spetta indicare la via sicura per soddisfarli. Se, e in quanto, e in qual direzione debba avvenire tale specificazione di un istituto giuridico non può dirglielo che lo studio della sua vita passata e dell' ambiente in cui si è svolta: e una simile guida non può fornirgliela che la Storia del diritto [1].

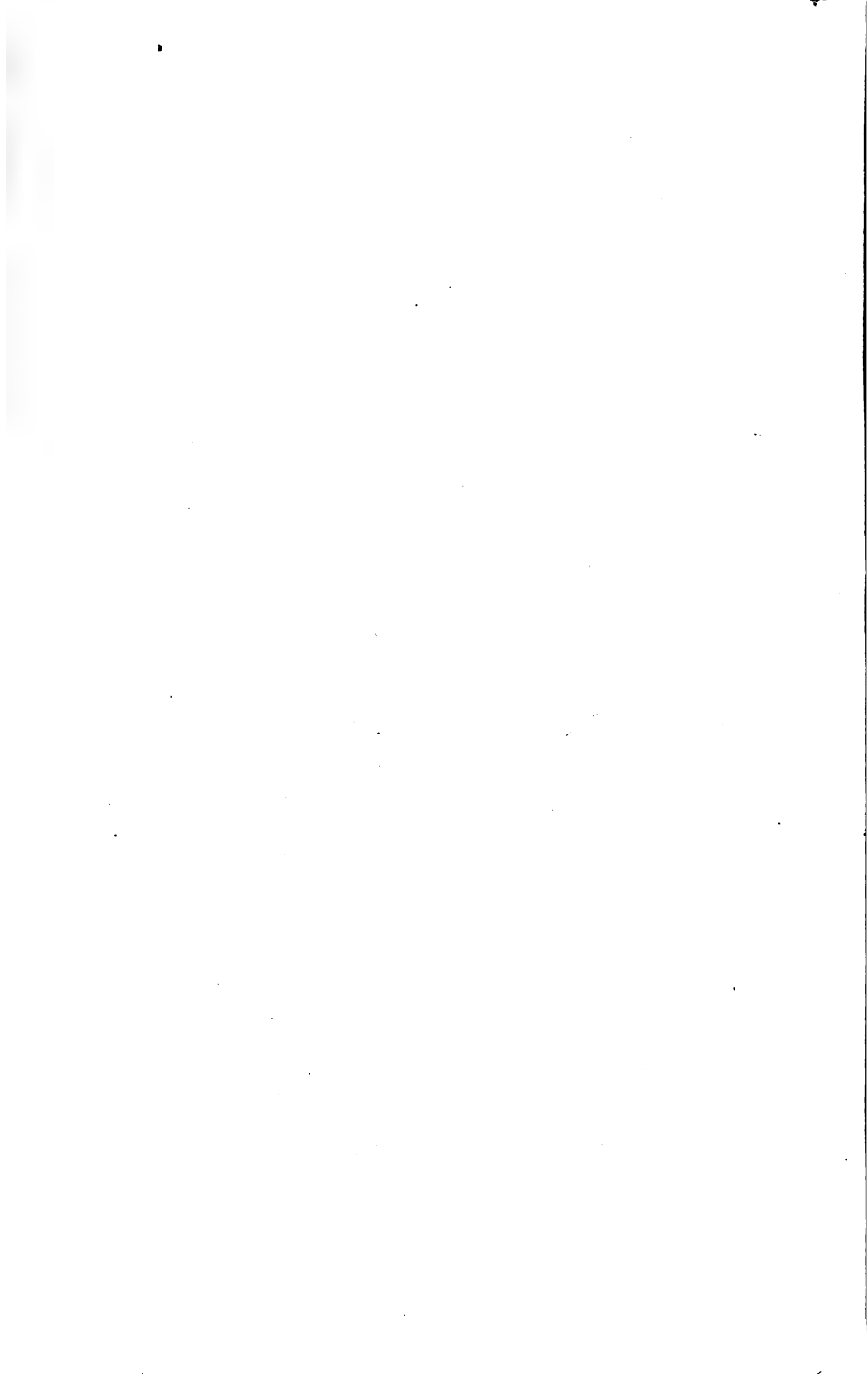
Dovrebbe esser quindi questo l' unico scopo delle introduzioni storiche che si premettono alle trattazioni degli istituti vigenti. Ma purtroppo per quello in esame non si può sicuramente dire che lo sia stato.

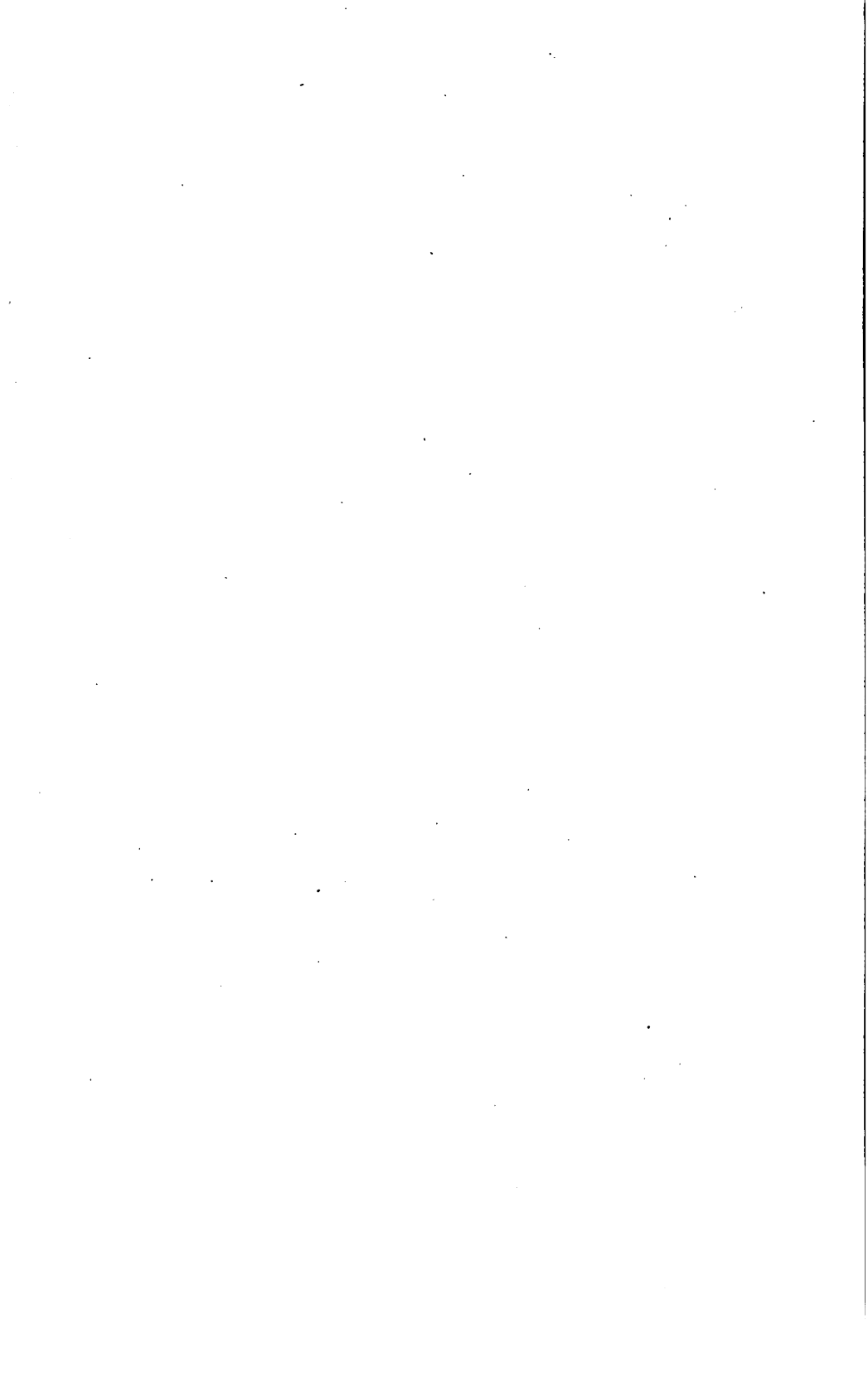
Data l' indole monografica del lavoro e, specie lo stato attuale — poco felice pei difetti notati — della letteratura sull' argomento, scarsissima nel diritto romano e ricchissima per il moderno, non ho creduto assegnare larga parte alla critica diretta delle opinioni contrarie alla mia. Nè del resto essa sarebbe stata possibile trattandosi di un istituto di cui sino ad oggi, io credo, si è disconosciuta l' origine precisa e la sua evoluzione. Critica è permessa fare là dove si tratta di correggere e mutare linee secondarie d' una figura; ma giammai in un campo come questo, in cui è necessario buttar giù completamente figure storte e rachitiche, dovute alla

[1] Per una trattazione più ampia di queste idee si vedano le due mie prolusioni: *Importanza odierna del diritto romano e suo metodo di studio e d' insegnamento* [Palermo 1899] pag. 22 e segg., e *La storia del diritto e la sua funzione nell' odierna giurisprudenza* [Roma 1900] pag. 19 e segg. in *Studi e documenti di Storia e diritto*, vol. XXI.

imperfetta conoscenza delle fonti romane o a preconcetti viziati ed erronei, per ottenere una salda e sicura instauratio ab imis.

La giurisprudenza dei Tribunali troverà qua e là opportuni richiami. È dalla pratica che deve elevarsi una sana teoria, che solo in questo modo potrà rendere a quella gli aiuti poderosi dell' elaborazione scientifica.

Nella citazione degli autori poi accennerò solo ai più autorevoli ed esclusivamente nei punti controversi.

PARTE PRIMA

DIRITTO ROMANO

CAPITOLO I

Cenni storici sull' origine del commodum separationis.

---

1. Il concetto informatore del sistema successorio romano e la sua trasformazione. — 2. Limiti alla responsabilità ultra uires hereditarias dell'erede. Lex Voconia, Furia, Falcidia. Commodum abstinendi. — 3. Commodum separationis. — 4. Presumibile origine della separatio da tal commodum.

1. Il commodum separationis è il portato d' una lunga evoluzione nel concetto fondamentale che informava il diritto romano delle obbligazioni ed ereditario, e solo in rapporto con esso e con il sistema della procedura esecutiva può intendersene l' intima natura e la sua funzione. Senza tale legame strettissimo a me pare anzi non possa aversene in alcun modo un' idea esatta e precisa. Dopo i recenti studii del Fadda, del Bonfante e Costa sull' origine dell' hereditas e sul rapporto in cui stanno con essa i legati [1], può dirsi oramai patrimonio

---

[1] FADDA, negli *Studii per l' VIII centenario dell' Università di Bologna* [Roma, 1889] pag. 163 e segg.; BONFANTE, nel *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, vol. IV, pagg. 97-143 e vol. VII, pagg. 151-201; COSTA, La famiglia da Adriano ai Severi [Bologna, 1892], Prolusione, e Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare, nel citato *Bullettino*, vol. VI, pagg. 245-332.

comune, almeno in Italia ([1]), il concetto fondamentale che informava il diritto successorio romano: che cioè l'hereditas doveva in origine operare il passaggio del governo familiare della manus o potestas, e solo, come conseguenza ed elemento oggettivo, il trapasso del patrimonio. Heres in sostanza non dovette essere originariamente colui che subentrava al paterfamilias morto nel possesso dei suoi beni, ma chi ne assumeva la 'manus' e la 'potestas'. L'acquisto in blocco del patrimonio e l'assunzione degli obblighi tutti del defunto era quindi nel diritto primitivo conseguenza immediata dell'acquisto di un potere sovrano sulla familia, e altresì una conseguenza necessaria dell'essere investito di tale potere sovrano.

Trasformatosi il concetto dell'hereditas per ragioni qui fuori posto a ripetere e ad indagare, tra cui precipua il distruggersi dell'organizzazione basata sul vincolo agnatizio, e diventata essenzialmente patrimoniale, ne venne di conseguenza che il titolo di erede se fu di per sè un 'purum nomen' rispetto alla 'manus' e alla 'potestas' sulla famiglia, fu però la condizione necessaria, *sine qua non,* per conseguire in blocco il patrimonio del defunto, il complesso di tutti i suoi rapporti patrimoniali, ciò che le fonti indicano con la frase 'successio in uniuersum ius defuncti'.

Ma tale mutamento nel concetto fondamentale dell'hereditas coll'elevare a scopo precipuo, e quasi unico, ciò che prima era accessorio e contingente, non portò con sè anche la trasformazione di tutti gli antichi caratteri che più si addicevano alla prisca funzione dell'hereditas: chè anzi parecchi ne rimasero identici,

---

([1]) Nel recentissimo Manuale di Pandette [Milano 1900] il Ferrini pur insegnando tale concetto nel testo, vi fa in nota [pag. 736, n. 1] alcune obbiezioni notevoli, che tenderebbero a mostrarlo poco rispondente al vero. Si confronti pure in proposito la poderosa opera del Fadda, Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, vol. I [Napoli 1900].

perpetuandosi per legge fatale fino alle epoche posteriori, e, qualcuno, sino ai giorni nostri. L'erede che succede nella buona o mala fede del defunto riguardo al possesso, che rimane obbligato per lui ultra 'uires hereditarias'; l'istituzione assolutamente necessaria di un erede fatta in principio del testamento con quelle rigorosissime formalità note; la impossibilità di un' 'institutio heredis ex re certa'; l'annullamento di un testamento antico per opera di un altro posteriore; la regola 'nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest', sono tutti i caratteri essenziali della prisca hereditas, che perdurarono attraverso i secoli, privi di scopo, vestigia di uno stato di cose già tramontato. Tra di essi quello che più tenacemente ha resistito è la responsabilità dell'erede 'ultra uires hereditarias' pei debiti del defunto. Principio questo che, radicatosi profondamente con tenacia incredibile, fa parte dell'attuale coscienza giuridica delle nazioni, ed è sancito dalla grande maggioranza dei codici, meno rare eccezioni, e che dovrebbe certamente sparire come illogico e privo di un razionale fondamento che possa oggi giustificarlo (1).

2. In questo punto del diritto in ispecie si osserva ciò che è comune a tutto quanto lo svolgimento degli istituti giuridici romani: quando essi non si accordavano più coi nuovi bisogni della vita pratica, e lo scopo

---

(1) Giustamente il PERNICE, recensione all'opera di LEWY, Die Succession des Erben in die Schulden des Erblarsess nach deutschem Recht [1864] nella *Kritische Vierteljahresschrift*, vol. IX, pag. 82 e segg., l'HOFMANN, l. c. pag. 556, e l'OERTMANN, l. c. pag. 258, affermano che tale responsabilità ultra uires sia cosa inerente e correlativa della successio in uniuersum ius defuncti. Ma non mi sembra siano nel vero quando sostengono che tale concezione si debba in ispecie al diverso modo di riguardare i debiti o come parte negativa dei beni [Bestandtheile] o come oneri di essi [Belastungen]. Tale spiegazione non con-

della loro esistenza era mutato, nessuna legge ne decretava violentemente la morte. Il principio antico continuava a sussistere; ma una serie di limitazioni e di eccezioni ne veniva a sminuire grado a grado l' efficacia, sino ad annullargliela praticamente del tutto.

Identico processo si riscontra anche qui. Tale responsabilità illimitata dell' erede doveva, io credo, non comprendere in origine il soddisfacimento delle obbligazioni passive del defunto, dato il carattere assolutamente personale di esse, che perivano col debitore [1], e dato il concetto primitivo dell' obligatio romana; ma dovea piuttosto riferirsi al pagamento dei legati stabiliti dal testatore. Quando poi per un complesso di cause, che qui non occorre determinare, la obbligazione comincia a considerarsi trasmissibile — e forse la deroga al principio della intrasmissibilità fu appunto quella ereditaria — la illimita responsabilità dell' erede si estese anche ai debiti del defunto derivanti da obbligazioni non perite con lui.

Tracce abbastanza sufficienti e chiare stanno nelle fonti a confermare questo lento processo di limitazione

---

corda in alcun modo colle fonti. Meglio si è espresso l' ESMEIN, L' intrasmissibilité première des créances et des dèttes nella *Nouvelle Revue historique*, vol. XI, pag. 61, che dichiara tale responsabilità avere un fondamento esclusivamente storico. Ma poi non si ferma a rintracciarlo. Nè ha ragione il GIRARD, Manuel cit. pag. 868, il quale la fa dipendere ' logicamente ' dalla confusione dell' attivo dei due patrimonî, nè l' HOFMANN, l. c. pag. 564 e segg., il quale critica acerbamente il PUCHTA, che invece, certo più razionalmente, la fa derivare dal concetto di rappresentanza del defunto da parte dell' erede.

(1) Teoria questa messa avanti dall' ESMEIN nel suo studio Sur les debiteurs privés de sépulture nei *Melanges d' Archeologie et d' histoire* ecc., 1885, pag. 221 e segg., e ripetute nei *Melanges d' histoire du droit*, pag. 243 e segg., ripigliata dal CUQ, nel suo studio sul Testamentum per aes et per libram [*Nouv. Revue hist.* 1886, pag. 553 e segg.] e nelle Institutions juridiques de l' ancienne Rome, pag. 694 e segg., e accettata dal GIRARD, Manuel cit., pag. 867.

della responsabilità ultra uires dell' erede. Le tre leggi, la Furia testamentaria [tra il 550 e il 585 u. c.], la Voconia del 585 e la Falcidia del 714, ne rappresentano un correttivo. Parrebbe anzi che fin d' allora un 'ius abstinendi ab hereditate' esistesse in favore dell' erede accordato dal Pretore: lo si desume da Gaio [II, 224-225], il quale nel riferire il contenuto delle tre leggi citate ne adduce anche i motivi che le consigliarono e che si possono compendiare in uno solo: nel potere cioè 'olim totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis', ciò che portava la conseguenza di fare astenere gli eredi dall' eredità — ab hereditate se abstinebant — e per ciò che 'plerique intestati moriebantur'. Traccia ancor più chiara si ha nello stesso Gaio [II. 52] a proposito dell' 'usucapio pro herede lucrativa' concessa quantunque 'improba', affinchè vi fossero 'qui sacra facerent' e i 'creditores haberent a quo suum consequerentur'. Probabilmente l' ius abstinendi di cui parla Gaio [II. 158, 160] non fu che l' estensione di un simile benefizio, prima goduto soltanto dagli eredi volontari ed estranei, a quelli 'sui et necessarii', e che già pare fosse in pratica ai tempi di Antonio, come sembrerebbe rilevarsi da Cicerone [1].

3. Rimanevano però gli eredi necessarii sprovvisti di difesa alcuna, in una condizione veramente deplorevole. Poichè oltre ad esser sottoposti alla illimitata responsabilità dei debiti del defunto essi incorrevano nell' infamia, le cui conseguenze erano terribili nel caso della 'uenditio bonorum' del patrimonio ereditario fatta

---

(1) Cic. *Philipp.*, II, 16, 42: « Quamquam hoc maxime admiratus sum mentionem te hereditatem ausum esse facere, cum ipse hereditatem patris non adisses ».

sotto il loro nome. Ma tale stato di cose non fu tollerato a lungo dall' equità pretoria: la quale però in principio, più che a limitare direttamente quello stato di soggezione dell' erede necessario verso i creditori del defunto, che non completamente soddisfatti dall' eredità venduta, potevano, appena quello avesse acquistato qualche cosa in processo di tempo, portargliela via, ebbe lo scopo di dare quasi un cambio all' incomodum patito per l' ignominia dipendente dalla uenditio bonorum, con la concessione di un commodum: commodum che solo in via indiretta limitava quella infinita responsabilità ultra uires hereditarias, e di cui Gaio [II. 155] parla:

> « Pro hoc tamen incomodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem siue postea, ipsi reseruentur; et quamuis pro portione bona uenierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non uenient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, uelut si Latinus adquisierit, locupletior factus sit ».

4. In questo commodum concesso al servo, è adombrato, io credo, quell' istituto che costituisce l' oggetto del seguente studio. È quindi in esso che, a mio modo di vedere, debbonsi ricercare le origini del ‘ commodum separationis ’. La ‘ successio in uniuersum ius defuncti ’ portava tra le altre sue conseguenze la sostituzione *neces saria* della persona dell' erede al posto del defunto, di modo che i creditori di quest' ultimo si trovavano di fronte ad un altro debitore, tale divenuto irrimediabilmente pel fatto stesso dell' aditio hereditatis. La loro condizione poteva però eventualmente venir peggiorata dato il caso che l' erede avesse dei creditori. Passato il patrimonio ereditario in potere di quello, e confondendosi

con il proprio in un unico blocco, su di esso le due categorie di creditori, in caso d' insolvenza dell'erede, venivano a concorso. Il concetto poi che non esclusivamente la persona del debitore, materialmente o moralmente, fosse la garanzia del creditore, ma il suo patrimonio, — che per il nostro istituto è d' importanza capitale — si era in questo tempo venuto distinguendo a poco a poco con la legge Poetelia Papiria [1] prima, e con l' altra Iulia di Cesare, o forse di Augusto [Gaio, III. 78], affermandosi più netto col 'commodum abstinendi' concesso agli heredes sui et necessarii, per assumere una consistenza maggiore con quello 'separationis' accordato ai necessarî. Ma se ambedue le categorie dei creditori, dell' erede e del defunto, avevano diritto di ritenere il patrimonio così confuso quale garanzia pel soddisfacimento intero dei loro crediti, era evidente che con tale fatto nuovo, conseguenza necessaria dell' aditio hereditatis, i creditori del de cuius vedevano per ciò stesso diminuite tali garanzie, dovendo sottostare al concorso dei creditori dell' erede: e ciò era evidentemente iniquo, tanto che sembrò 'aequissimum' accordare la separatio quale 'remedium indemnitatis' — come lo chiama Giordano nel Cod. VII, 72, 2 — diretto appunto a non diminuire quelle medesime garanzie che, se non fosse morto il testatore, i suoi creditori avrebbero conservato intatte.

Che tale nuovo istituto derivi da quel commodum accordato all' heres necessarius non mi par dubbio, considerando come esso dovesse logicamente *seguire* e non precedere tutto quanto lo sviluppo delle limitazioni alla infinita responsabilità dell'erede, esplicantesi nei rimedî

---

(1) Sull' età della pubblicazione di questa legge certamente posteriore al 684 e sul suo contenuto si veda PAIS, *Storia di Roma*, vol. I, parte II, pag. 286 e n. 1, e la mia recensione nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXVII, pag. 227 e segg.

anzidetti. Fra questi rimedî ve ne era appunto uno che si avvicinava, pel suo concetto fondamentale, a quello che informò la posteriore separatio; la limitazione cioè in modo negativo, coll' impedire che sul patrimonio *avvenire* del servo si potessero essi rivolgere, se rimasti insoddisfatti dei loro crediti, ai beni lasciati del defunto o a quella parte dei beni del servo che egli avesse in appresso acquistato ' ex hereditaria causa '.

Se ben si osserva, questo commodum non coincide con l' altro concesso ai creditori ereditarî se non per quello che riguarda il concetto teorico di limitazione di soddisfacimento di diritti, poichè lo scopo immediato è ben differente, mirando quello piuttosto a compensare il servo istituito erede cum libertate dell' ignominia e dell' infamia che a lui ' ex uenditione bonorum accidit '. Ed è quindi perciò che devesi distinguere tra il commodum separationis di cui parla Gaio nel § citato, e l' altro cui si accenna nel fr. 1 § 18, *De separationibus:*

> « Ita sciendum est necessarium heredem seruum cum libertate institutum, impetrare posse separationem, scilicet ut si non attigerit bona patroni, in ea causa sit ut ei quidquid postea adquisierit separetur: *sed et si quid ei a testatore debetur* ».

Le ultime parole del frammento in carattere corsivo sono una evidente interpolazione dei compilatori [1] e fondono mirabilmente i due commoda: in quanto che in quest' ultimo caso si alluderebbe ad una separazione *effettiva* ed *attuale* di due patrimonî *esistenti* al momento in cui quella si chiedeva, quello del testatore e l' altro del servo, costituito dal soddisfacimento di una obbli-

[1] Su questa interpolazione si veda appresso n.° 6.

gazione naturale da parte del padrone, mentre nel primo il patrimonio dello schiavo non esisteva: o se esisteva, nel senso che egli fosse stato proprietario di un peculio, questo serviva *anche esso* a soddisfare le ragioni dei creditori ereditarî. E si osservi come le fonti, sia Gaio che le Istituzioni, le quali ripetono le parole di Gaio, non adoperano mai in questo caso la parola 'separatio, separari', ma solo quelle di 'reseruari, reseruentur'. Se si nota poi che allo schiavo non venne mai estesa la facultas abstinendi, e che il suo commodum separationis fu concesso anche a persone che pur necessarii heredes a tutto rigore della parola non erano, e che in astratto quindi avrebbero potuto godere dell' ius abstinendi, paralizzato però per altri motivi [fr. 1 § 6, fr. 12, XXVIII, 6 e fr. 42, 33, XXIX, 2 e fr. 6 § 1, h. t.] e che la funzione ultima del commodum separationis, in quanto si riferiva ai beni acquistati dallo schiavo in futuro, ma indipendentemente dall' eredità, era perfettamente correlativa all' altra del commodum abstinendi — limitare le eventuali disastrose conseguenze, sia nell' interesse dell' erede medesimo, sia in quello dei terzi, effetto immediato dell' aditio — come risulta nettamente tra l' altro dal fr. 7 § 5, IV, 4 di Ulpiano ([1]), oltre che dal fr. 1

([1]) ULPIANUS *lib. XI ad Edictum* fr. 7 § 5, IV, 4: « Sed etsi hereditatem minor adiit minus lucrosam succurritur ei, *ut se possit abstinere:* nam et hic acceptus est. Idem et in bonorum possessione, uel alia successione. Non solum autem filius qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis ueluti si seruus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subueniri aetatis beneficio *ut habeat bonorum suorum separationem* », cioè dei suoi beni acquistati indipendentemente dall' eredità. Cfr. GAIUS *lib. XXIII. ad Ed. prov.* fr. 57, XXIX, 2 e ULPIANUS, *lib. LXI ad Ed.* fr. 71 § 1, XXIX, 2. Quest' ultimo frammento è evidentemente rimaneggiato dai compilatori: dal *sin autem* alla fine io lo credo interpolato. Oltre al *sin autem,* caratteristica dello stile dei compilatori, vi è il *secundum exemplum,* indizio anch' esso sicuro. A prescindere poi dagli elementi sostanziali di decisione.

§ 6 de separationibus — riesce abbastanza difficile respingere la mia ipotesi sul nesso logico originario dei due istituti quale limitazione sul soddisfacimento di diritti. Intorno poi all' epoca in cui la separatio come istituto distinto e ben delineato cominciò a funzionare non è possibile precisare con certezza. Si può però abbastanza sufficientemente fissarlo con approssimazione per il prezioso 'sed alio iure utimur' che Gaio [II, 154] adopera riportando l' opinione di Sabino apud Fufidium, il quale sosteneva 'eximendum eum [sc. seruum] esse ignominia, quia non suo uitio sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur'. L' aliud ius consisterebbe nel commodum di cui ho parlato. Dunque fino a Fufidio il servo non ne godeva ancora, e cioè fino al primo secolo di Cristo parrebbe che la separatio non fosse venuta ancora in uso — se questo Fufidio è da identificarsi con quel giureconsulto che nel fr. 5, XXXIV, 2 Africano cita come autore di un libro II quaestionum, o con l'altro Aufidius Chius che cita Atilicino [Fr. Vat. 77], ed è a sua volta nominato da Marziale 5, 61, 10.

CAPITOLO II

A chi era concesso il commodum separationis

5. Potevano chiederlo i creditori ereditarî in generale. — 6. Se per obbligazione naturale. Interpolazione del fr. 1 § 18. — 7. I creditori del padre e del suo pupillo morto 'intra pubertatem'. — 8. I creditori di più eredi successivi. — 9. I creditori castrensi. Probabile interpolazione del fr. 1 § 9. — 10. Il creditore del debitore succeduto al suo fideiussore. — 11. I legatarî. — 12. Se i creditori ipotecarî. — 13. I creditori cessionarî. — 14. Se i creditori dell'erede. Interpolazione del fr. 1 §§ 5 e 6. — 15. Se lo stesso erede.

5. Con frase comprensiva può dirsi che erano ammessi a chiedere il commodum separationis in primo luogo i creditori del defunto. Ulpiano nel fr. 1 § 1 h. t. libro LXIV ad Edictum parla senza restrizione alcuna di 'creditores' in generale.

> « Solet autem separatio permitti *creditoribus* ex his causis: utputa debitorem quis Seium habuit: hic decessit, heres ei existit Titius: hic non est soluendo: patitur bonorum uenditionem: *creditores* Sei dicunt bona Sei sufficere sibi. ecc. ».

E più giù nello stesso §:

> « Fieri enim potest ut Seius quidam soluendo fuerit potueritque satis *creditoribus* suis, uel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere...: est igitur acquissimum *creditores* Sei desiderantes separationem audiri... cet. »

Nè altrove in tutto il lunghissimo frammento ulpianeo si rinviene alcuna limitazione al concetto di creditore. Dimodochè potrebbe quì valere la definizione data dallo stesso Ulpiano nel libro VI ad Edictum [fr. 10. L. 16]:

> « *Creditores* accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione uel persecutione, uel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione, uel honorario uel extraordinario, siue pure siue in diem uel sub conditione » ([1]).

E l'altra più ampia di Gaio libro I ad Edictum prov. [fr. 11, L. 16]:

> « *Creditorum* appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur ».

Non mi parrebbe quindi che nel determinare la portata del concetto di 'creditores' in riguardo alla facultas separandi debbano farsi delle distinzioni o restrizioni. Ciononostante io sarei inclinato a credere come tale portata generale non siasi avuta ab initio. Mi sembra infatti che si possa seguirne il graduale sviluppo. È con Giuliano che si considera 'aequum non solum creditores testatoris, sed etiam eos quibus legatum fuerit

---

([1]) Il frammento continua: « Quod si natura debeatur non sunt loco creditorum ». Sembrerebbe che ciò stesse in contraddizione col fr. 11 di Gaio che cito qualche riga più sotto. Ma tale antinomia sparisce del tutto se si pon mente che il frammento di Ulpiano è tratto dal libro VI del suo commento all'editto *de postulando*, e con molta verosimiglianza, secondo vuole il Lenel, Edictum perpetuum, § 16, pag. 63 [cfr. Palingenesia, II, 444 n. 1 al fr. 286], dal commento di quella parte di tale editto che dichiarava incapaci a postulare coloro che 'sponsoribus *creditoribusue* denuntiauerint se solidum soluere non posse'. Ulpiano è a questo proposito che spiega chi debba intendersi per creditore. Ed è ben logico, che siccome al creditore per obbligazione naturale mancava l'actio, mancava pure la capacità di postulare cioè 'desiderium suum uel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictionis praest, exponere: uel alterius desiderio contradicere', secondo scrive lo stesso Ulpiano nel citato libro VI ad Edictum [fr. 1 § 2, III, 1].

impetrare separationem ' (1); è con Antonino Pio che si riconosce un diritto di preferenza — e implicitamente la facultas separandi — ai legatarî a carico del defunto sui legatarî onorati dal defunto, in quanto il legato dei primi 'quasi aes alienum exigitur' (2); è Papiniano che riconosce pure lui 'aeque separatio dari' a quei creditori 'qui ex die uel sub conditione debentur et propter hoc nondum pecuniam potere possunt' (3). Solo nel diritto giustinianeo si giunge ad accordare la separatio per qualunque credito, sia esso liquido o illiquido, determinato o no, a termine o sub conditione ed anche nascente da obbligazione naturale.

6. A questo infatti esclusivamente alludono le parole 'sed et quid ei a testatore debetur' del fr. 1 § 18 di Ulpiano. Ma tale concetto è estraneo al giureconsulto di Tiro e deve ritenersi un' aggiunta dei compilatori. Accennai infatti al diverso carattere che con queste parole si dà al commodum di cui parla Gaio, concesso

(1) JULIANUS libro XLVI [LENEL, Palingenesia, 646, lo colloca nel libro XLVII] digestorum fr. 6 h. t.

(2) COD. VII, 72, 1. Imp. ANTONINUS A. Atticae. « In bonis mortui potiorem esse causam legatarium, qui eum, utpote heredem, conuenire potuerunt, quam eorum quibus ipse heres legauit manifestatum est: cum prius legatum quasi aes alienum exigitur. Legatum autem a mortuo relictum post debiti detractionem inducatur ».

(3) PAPINIANUS, libro XII responsorum, fr. 4, h. t. Il fr. papinianeo dà anche la ragione: 'quoniam cautione communi consuletur'. Moltissimi scrittori, per non dir tutti, vorrebbero desumere da queste parole che la separatio era una 'cautio communis'. Ciò è inesatto. Quella motivazione di Papiniano deve spiegarsi in correlazione allo inciso 'et propter hoc pecuniam petere non possunt'. E cioè: quantunque i creditori a termine e sub conditione non hanno un diritto *attuale*, poichè, *ciononostante*, *si suole* loro accordare in garanzia la missio in possessionem, che è una cautio communis, [cfr. fr. 6, pr. PAULUS libro LVII ad Edict. XLII, 4: In possessionem mitti solet creditor etsi sub condictione ei pecunia promissa sit] così, per lo stesso motivo, vien loro concessa la 'separatio'.

in origine al servo instituito erede cum libertate. Ma, a prescindere da ciò, che è pur importantissimo, ognuno si accorge come esse rimangano fuori del corso logico delle idee espresse da Ulpiano nel § 18, a cui si attaccano artificiosamente con un avversativo ' sed ' e costituiscono una contraddizione evidentissima. Infatti egli dice che può ' impetrare separationem ' il servo ' si non attingerit bona patroni ' : nel senso che potrà separare ' quidquid postea adquisierit '. Ora chi non s' accorge che non si trovi nel caso espresso dalle parole ' si non attigerit bona patroni ' quel servo che abbia chiesto di separare non già una cosa eventualmente acquistata in processo di tempo, ma un' altra esistente e di proprietà del testatore medesimo, a lui dovuta in soddisfazione di una naturalis obligatio? Oltre poi alla contraddizione spiccata in cui tale inciso starebbe col citato frammento 10 [L, 16] di Ulpiano, dove esplicitamente si dice non entrare nel concetto di creditore il creditore per un' obbligazione naturale: ' Quod si natura debeatur non sunt loco creditorum ' (1).

Del resto, che un tale spiccato riconoscimento dell' obbligazione naturale tra il servo e il padrone, come l' altra tra il paterfamilias e i suoi sottoposti appartenga al diritto post-classico degli ultimi tempi, e specie giustinianeo, non fa bisogno che io lo dica, collegato come è intieramente con lo sviluppo e la funzione del peculium, e che quindi abbastanza difficilmente Ulpiano avrebbe potuto scrivere quelle parole.

Non credo quindi giustificabile l' opinione contraria dell' Oertmann che si uniforma, ripetendola, a quella del Dabelow, il quale nega il commodum separationis al

(1) A prescindere dagli indizi formali dell' interpolazione, quale l' uso erroneo del presente indicativo invece del congiuntivo: il *debetur* cioè, invece del *debeatur*. Poichè in questo caso la proposizione dipende dallo *scilicet ut* precedente, il quale *giammai* viene costruito con un tempo di modo indicativo dai giureconsulti classici.

creditore per un'obbligazione naturale anche nel diritto moderno [1]. Nè sarebbe, io credo, valida obbiezione il dire che a questo modo si verrebbe a dare indirettamente efficacia giuridica ad un' obbligazione naturale, poichè in questo caso la naturalis obligatio del servo avrebbe la stessa efficacia giuridica datale ammettendo che possa servire di fondamento ad obbligazioni civili accessorie, quali ad es. il pegno e la fideiussione. Inclinerei piuttosto a credere che solo per alcune determinate categorie di obbligazioni naturali poteva concedersi la separatio. Il caso del § 18 ne sarebbe un esempio.

7. Posti i principi generali nel § 1 Ulpiano ne fa l' applicazione determinando mano mano nel resto del lungo frammento quali creditori, e in confronto di quali, altri sono ammessi ad usufruire del commodum separationis.

Il § 7 presenta il caso di una sostituzione pupillare. Il padre muore, il figlio muore anche lui ' intra pubertatem ' e il sostituito che adisce l' eredità di quest' ultimo patisce la uenditio bonorum. Sorgeva il dubbio, essendovi qui varie categorie di creditori, quelli del padre e dell' impubere, sul diritto a chiedere la separatio degli uni di fronte agli altri. Ulpiano contempla le due ipotesi separatamente. Postosi prima il quesito ' an patris creditores possint separationem impetrare ', s' intende contro i creditori del sostituito, risponde affermativamente: ' Et puto posse '. Ed aggiunge, risolvendo l' altra questione:

> « Hoc amplius puto, etiam impuberis creditores posse separationem aduersus creditores heredis eius separationem impetrare ».

---

[1] Oertmann, l. c. pag. 271. Dabelow, Concurs der Gläubiger, 7. III, pag. 116.

Anzi per quest' ultimo, specie pel diritto civile italiano, è addirittura insostenibile come si vedrà appresso nel cap. VII.

8. Questa decisione viene applicata alla fattispecie del seguente § 8.

> « Secundum haec uideamus, si Primus Secundum heredem scripserit, Secundum Tertium et Tertii bona ueneant, qui creditores possint separationem impetrare ».

La ratio dubitandi era data dalle tre categorie di debitori cui compete il commodum separationis: quelli di Primo, di Secondo e di Terzo. Si tratta di decidere della poziorità rispettiva del loro diritto a separare e della portata obbiettiva da concedersi ad esso. Ed è appunto quì che la funzione della separatio spicca in tutta la sua nitidezza. Ulpiano decide che i creditori di Primo possono chiederla contro tutti gli altri delle due categorie, mentre quelli di Secondo soltanto rispetto ai creditori di Terzo.

> « Et putem, si quidem Primi creditores petant, utique audiendos et aduersus Secundi et aduersus Tertii creditores: si uero Secundi creditores petant aduersus Tertii utique eos impetrare posse, aduersus Primi autem non posse. In summa Primi quidem creditores aduersus omnes impetrare possunt separationem, Secundi creditores aduersus Primi non possunt, aduersus Titii possunt, uideamus ».

9. La decisione ulpianea del § 9 riguarda pure un ordine di preferenza da stabilirsi tra più aventi diritto alla facultas separandi. Il caso contemplato è il seguente:

> « Si filiifamilias bona ueneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque ».

Ulpiano stabilisce che i creditori castrensi, vendendosi il peculium, debbano esser trattati diversamente dagli altri 'qui ante contraxerunt'.

« Simul ergo admittentur, dummodo, si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari. Quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt uenire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris uersum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, quum possit potius cum patri experiri ».

In queste ultime righe, dall' *item* in poi, è fatto il caso che erede del figlio e del suo peculio castrense sia stato il padre, e in simile ipotesi i creditori castrensi possono identicamente esperire la facultas separandi per esser preferiti agli altri (1).

10. Una fattispecie singolare è data da Papiniano nel libro XXVII quaestionum. Ha diritto il creditore a chiedere la separatio contro il suo debitore principale divenuto erede del fideiussore? La ratio dubitandi sorgeva dal fatto che coll' aditio ereditatis del debitore si

---

(1) Di questo frammento si è occupato per ultimo il SOLAZZI, Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio. (Bullettino dell' Istit. di dir. rom., vol. XI [1899] pag. 117 e segg. Sostiene il S. con gli stessi argomenti, e con altri, l' ipotesi già messa avanti dal FABRO, Jurisprudentiae Papinianae scientia [ed. Lugduni 1658] tit. VI, princ. V. ill. 3 § *Tractum*, che questo passo sia stato interpolato, specie per la contraddizione in cui trovasi con un altro pure di Ulpiano [7. XLIX, 17].

Certamente qualche indizio formale si rinviene, oltré alla difficoltà esegetica che offre in confronto al citato fr. 7. Ma per il nostro argomento non pare che i compilatori vi abbiano apportato novità. Nel § 9 si *seguita* a discorrere di un diritto di preferenza a separare tra più categorie di creditori, come del resto hanno riconosciuto parecchi scrittori, tra cui FRITZ, in sua breve nota dal titolo ' Ueber fr. 1 § 9 de separationibus ' inserito nell' *Archiv. für di civilistiche Praxis*, vol. XII [1829] pag. 328-339, VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, 7.a ed. [1869] § 593, pag. 218, Amm. II, 3 e FITTING, Das castrense Peculium [1871] pag. 162 e altri citati dal FITTING, pag. 163, Am. 26.

estingueva il vincolo obbligatorio della fideiussione per la confusione che ne conseguiva, concorrendo esso nella stessa persona del debitore principale (1).

> « Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona uenierunt: quamuis obligatio fideiussionis extinta sit, nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus, siue solus sit hereditarius creditor siue plures. Neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obbligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat ».

Papiniano decide affermativamente. Bisogna tener conto però che ai suoi tempi le condizioni del fideiussore erano diverse da quelle del diritto giustinianeo. Infatti era libera la scelta del creditore di escuterlo prima del debitore principale (2). Con la novella 4 del 539 di Giustiniano il credito nascente dalla fideiussione

---

(1) Esaminando questo fr. il KRETSCHMAR P., Die Theorie der Confusion, Ein Beitrag zur Lehre von der Aufhebug der Rechte [Leipzig 1899] pag. 25 e segg. mette meglio in rilievo e spiega una diversità di opinioni trai giuristi romani che verosimilmente, come era stato visto, ha tutti i caratteri di una vera controversia tra le due famose scuole. Si cfr. in proposito la mia monografia 'Le due scuole dei giureconsulti romani' [Firenze 1898] pag. 38-46 e pag. 71. Per il KRETSCHMAR tale 'Meinungsverschiedenheit der Schulen bisher unerklärt gebliebene' consisteva in ciò. Secondo riferisce SCAEVOLA, libro singulari quaestionum publice tractatarum, SABINO credeva che 'si fideiussor reum heredem scripserit confundetur obligatio': nè più nè meno come la pensa PAPINIANO nel fr. esaminato nel testo. Però PROCULO ne dissentiva: 'licet Proculus dissentiat'. Il vero carattere differenziale di controversia scolastica non rilevato dal KRETSCHMAR deve piuttosto desumersi dall'avverbio *publice* del titolo del libro di SCAEVOLA in cui si riporta la dissentio. Cfr. la mia recensione a questo bel libro del KREBSCHMAR inserita nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. 30, pagg. 252-254.

(2) Lo si desume dalle cc. di SEVERO e CARACALLA, VIII, 40 [41] pr. e c. 5 e di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO h. t. 19, 21, 23.

divenne condizionale: in quanto cioè il debitore principale non pagava: 'ueniat primum [sc. creditor] ad eum qui aurum accepit debitumque contraxit et si quidem inde receperit ab aliis abstineat'.

Tale mutamento non influì certo a far variare la decisione papinianea, inquantochè mirando la separatio a non menomare le garanzie iniziali dei creditori ereditari si prestava allo scopo. Del resto essi nel diritto giustinianeo potevano, in certo modo, considerarsi come creditori 'sub conditione', e sarebbe stato ingiusto non accordar loro la separatio che si concedeva invece a quelli 'ex die uel sub conditione et propter hoc nondum pecuniam petere possunt'. Cfr. fr. 4 pr. h. t.

11. Giuliano estende anche ai legatarî la facoltà di chiedere il commodum separationis [fr. 6 pr.].

> « Quotiens heredis bona soluendo non sunt, non solum creditoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut quum creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis uel solidum uel portio quaeratur ».

Quantunque il fr. non lo dica esplicitamente, s'intendono compresi i legatarî a termine o condizionali, come del resto si rileverebbe dal fr. 4 pr. di Papiniano. È probabile che fino al giureconsulto adrianeo non ne godevano, essendo considerati come creditori dell'erede.

Non mi sembra infatti molto antica la regola espressa da Paolo nel libro XI ad Edictum che 'hereditoriarum actionum loco habentur et legata, quamuis ab herede coeperint' [fr. 40, XLIV, 7].

Tra più categorie di legatarî poi, quelli a carico del defunto e gli altri onorati dall'erede hanno diritto poziore a esperire la facultas separandi i primi, secondo una decisione di Antonino Pio, il cui testo è riferito

nella nota 2 di pag. 23, che in sostanza è la medesima di quella prescelta da Ulpiano pel caso già esaminato dal § 8.

12. I creditori ipotecarî hanno parimente il diritto a chiedere la separatio. Ciò si desume apertamente, quantunque le fonti non lo dicano in modo esplicito, e a prima vista parrebbe che essi, per ciò stesso che possiedono una garanzia reale del loro credito, non avessero ragione di chiederne un' altra. Ma può darsi benissimo che l' ipoteca non fosse sufficiente a garantire il credito, ovvero che, trattandosi di una 'generalis hypotheca' coll' aditio e la conseguente confusione dei patrimoni non potesse più conoscersi su quali beni venisse singolarmente a esercitarsi quella, e quale posto occupasse tra le altre simili eventualmente gravanti sul patrimonio dell' erede. Nè del resto ci sarebbe ragione a sostenere il contrario, poichè, negandola, si attribuirebbe un assurdo ai giureconsulti romani. Infatti, se il fisco, che aveva un 'priuilegium exigendi' eminente su tutti gli altri, viene posposto nel soddisfacimento — sia pure per la sola 'exatio poenae' come Papiniano e alcuni altri rescritti imperiali stabiliscono [1] — ai creditori chirografarî che chiesero la separatio [cfr. § 4], negandola agli ipotecarî si verrebbe con ciò a menomare la garanzia che questi hanno di fronte a quelli. Nè il concetto del commodum separationis, di garanzia esso medesimo, ripugna a quello di un' altra garanzia che alla prima si unisce.

13. Parimenti formale testimonianza non si rinviene nelle fonti per ciò che riguarda tutti quei creditori divenuti tali in virtù di una cessione di crediti

(1) Alessander Severus, c. un. X, 7. Cfr. fr. 48 § 1, XLIX, 14. Paulus, libro I decretorum, e fr. 17 h. t. Modestinus, libro II de poenis, e fr. 37 h. t. Papinianus, libro X responsorum.

avuta da creditori personali del defunto. In questo caso è facile intendere che siccome il creditore cessionario subentra nei medesimi diritti e nella medesima posizione del cedente riguardo al modo con cui esercitare i suoi diritti di credito, e siccome a questo competeva la facultas separandi, così anche a quello spetterà incontestabilmente simile facoltà.

14. Uno spirito di apparente equità, e quasi direi, di simmetria farebbe concedere il commodum separationis, oltre che ai creditori del defunto, a quelli dell'erede. Ma se tal dubbio può sorgere pel diritto moderno [cfr. cap. VII] di fronte al diritto romano la discussione di simile idea non è possibile. Ulpiano, dopo avere nel primo paragrafo del fr. 1 accennato ai creditori del de cuius come autorizzati a chiedere la separatio, soggiunge esplicitamente al § 2:

> « Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem : nam licet alicui adiiciendo sibi creditorem creditores sui facere deteriorem condicionem. Atqui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem condicionem adeundo [quia licet mihi separationem impetrare] [1] suos uero creditores onerauit dum adiit hereditatem, quae soluendo non est, nec poterunt creditores eius separationem impetrare ».

Le ragioni di tale decisione sono racchiuse in quella frase ' nam licet... facere conditionem '. L'ammettere infatti a chiedere il commodum separationis i creditori dell' erede equivarrebbe, in sostanza, a limitare la libera sua attività; e ciò urtava contro il criterio giuridico dei

---

[1] Credo queste parole un glossema corrispondente all'altro rilevato dal LENEL, Palingenesia II, 795, n. 4: « consequantur quia plures sunt; hic ».

giureconsulti romani. Nè, del resto, la posizione delle due categorie di creditori del defunto e dell' erede è identica, poichè questi ultimi hanno ancora il loro debitore in vita ' et propria eius bona et personam quae potest donec uiuit adquirere ' [1]. Non bisogna dimenticare infatti che il concetto romano dell' obbligazione, per quanto avesse perduto quell' esclusivo carattere primitivo di rigoroso vincolo personale, pure questo perdurava ancora. Lo si rileva dal § 5 dello stesso Ulpiano:

> « Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum: sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt ».

Il frammento prosegue:

> « .... nisi si extra ordinem putamus praetorem aduersus calliditatem eius subuenire, qui talem fraudem commentus est: quod non facile admissum est ».

Ma è un' evidente interpolazione dei compilatori. Il *nisi si*, adoperato per restringere e limitare la portata di un principio enunciato in precedenza, è caratteristico: si aggiunga a ciò il parlare in prima persona plurale — ciò che ha riscontro col *subueniemus* del paragrafo seguente, anch' esso interpolato — mentre Ulpiano parla in persona singolare — lo strazio della sintassi [subueniemus senza termine di rapporto] e sostanzialmente poi la decisione medesima, che mal si accorda con quanto è stato detto nella prima parte del frammento.

Infatti, posto da Ulpiano il quesito in particolare, dopo la regola del § 2, se almeno nel caso di frode dovesse concedersi ai creditori dell' erede la separatio, risponde abbastanza esplicitamente con un bel no, non trovando un rimedio adatto a tal' uopo, e con un ' peggio

---

(1) PAOLO, fr. 2 in fine, h. t.

per loro ' 'qui cum tali contraxerunt '. E sarebbe proprio strano quel modo di ragionare: se fosse stato, infatti, di Ulpiano il concetto, a mio parere interpolato, avrebbe egli senz' altro risposto diversamente, e cioè: ' potest Praetor aduersus... quod non facile admissum est ' e non già un *no*, col commento di un rimprovero prima, e un *si*, con una restrizione di difficoltà dopo.

Quanto poi è detto nel § 2 dello stesso frammento conferma l' ipotesi della interpolazione. Ulpiano infatti sostiene che ' *licet* alicui adiiciendo sibi ereditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem '.

Si noti poi che nei Basilici [IX, 7, 37] il correttivo del ' nisi si ' manca del tutto, mentre il contenuto del frammento è per intero riportato (¹).

Un' obbiezione a quanto io ho detto, in riguardo ai creditori dell' erede, non costituiscono certo le ultime righe del seguente § 6:

> « Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto [sc. separ.] licet ipse non desiderauit, ut *quasi separatio quaedam praestetur* ».

Il caso sarebbe di un erede fiduciario il quale non può avvalersi del commodum abstinendi, ed è costretto ad adire, come ad es. chi è chiamato a concedere una ' fideicommissaria libertas ' e a ' restituere hereditatem ' e poi non c' è a chi restituire tale eredità oberata. L' imperatore Pio accordò si considerasse ' atque si adita hereditas non fuisset ' (²). E Ulpiano parla appunto dei creditori ' huiusmodi heredis '. Ora in questo caso non c' è da discorrere di vera e propria separatio: il *quasi*,

---

(¹) Il FERRINI, recensione citata l. c., pag. 544, accede all' ipotesi di tale interpolazione.

(²) Il caso e il rescritto di ANTONINO PIO è riportato dallo stesso ULPIANO, libro IV fideicommissorum, fr. 11 § 2 XXXVI, 1. Le ultime righe di questo frammento dal « cum igitur » in poi sono interpolate. FERRINI, l. c., pag. 545.

questo celebre impiastro delle costruzioni giuridiche dei giureconsulti romani, come genialmente lo chiama il Riccobono, basta da sè ad escluderlo in un modo decisivo — se non ci fosse il ‘ quædam ’ seguente che ne toglie ogni dubbio.

Al Ferrini riescirebbero pure sospette le righe di chiusa del § 6 che ho citate (1).

15. L’ultimo paragrafo di questo capitolo è dedicato a sapere se l’erede poteva godere il commodum separationis. La risposta dovrebbe essere senz’altro negativa. Aggiungo però qualche parola, poichè alcuni casi presentati dalle fonti potrebbero sollevare dubbio in proposito.

E tali casi sono tre: quelli fatti da Ulpiano nel fr. 1 §§ 16 e 18, già esaminati sotto altro punto di vista, e l’altro del fr. 6 § 1 di Giuliano.

Si ha il primo se un erede riconoscendo ‘suspectam ’ l’eredità pure non potè in alcun modo astenersi perchè ‘ compulsus adire et restituere hereditatem ’, e poi non vi era alcuno a cui potesse consegnare l’eredità, si trovava tenuto ultra uires hereditarias di fronte del defunto. In simile caso nessuno scampo gli si presentò sino ad Antonino Pio, il quale ‘ rescripsit ut perinde testatoris bona uenirent atque si adita hereditas non fuisset ’. Ma con ciò non viene a dirsi che Antonino Pio accordò la separatio, ma una specie di ‘ restitutio in integrum ’, mettendo l’erede, forzato ad adire, nell’ identica posizione in cui egli si sarebbe trovato se avesse potuto esperimentare la facultas abstinendi.

Il suddetto § 6 mostra evidentemente delle traccie di una manipolazione da parte dei compilatori. Il Lenel contrassegna con un punto interrogativo le parole ‘ ex quibus causis solet hoc euenire ’, essendo disposto a considerarle un glossema. Io le lascerei stare: dichiarerei

(1) Ferrini, l. c., pag. 545.

però interpolato l'inciso seguente: 'et ipse quidem desideranti succurri sibi aduersus creditores hereditarios subueniemus. Hoc'. Il concetto di questa parte è perfettamente inutile al discorso di Ulpiano. La forma plurale poi del 'subueniemus' che s' incastra in un discorso al singolare — praestandum puto — mi parrebbe un indice sicuro di mano estranea (1).

Nè l'altro caso del servo istituito erede cum libertate depone contro la mia idea. Poichè, come ho dimostrato, le parole 'sed et si quid ei a testatore debetur', che danno commodum separationis goduto dallo schiavo il vero carattere della separatio concessa ai creditori ereditarî, sono un' aggiunta dei compilatori, perchè il commodum di cui parla Gaio ha lo scopo immediato e la funzione unica di concedere a tale categoria di eredi necessarî un mezzo correlativo alla potestas abstinendi dei 'sui et necessarii', da cui quelli erano esclusi: potestas a cui furono parimenti esclusi per un certo tempo i sui et necessarii che si trovassero in 'causa mancipii', e ai quali dovette concedersi, fin tanto durò tale esclusione, il commodum separationis del necessarius.

Ci sarebbe soltanto la fattispecie contemplata e risolta da Giuliano nel § 1 del fr. 6:

> « Si libertas heres instituta bonorum possessionem secundum tabulas petiisset eius, qui soluendo non erat, quaesitum est an bona eius separari ab hereditariis debeant? Respondit: non est iniquum succurri patrono ne oneraretur aere alieno quod liberta petendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit ».

Ma qui la separatio concessa in caso eccezionalissimo, che non infirmerebbe la regola generale, ha una figura ben diversa.

---

(1) Il FERRINI, l. c., pag. 545, n. 1, accede alla mia ipotesi dell'interpolazione.

Giuliano in simile caso soccorrerebbe immediatamente il patrono erede della liberta [1] esposto ai creditori del defunto, da cui quella ereditò, preoccupandosi della posizione del patrono il quale verrebbe ad essere iniquamente gravato. Lo scopo del ' ne oneraretur aere alieno ' è l'unico motivo della decisione.

Il caso del § 18 è stato altrove esaminato e mi risparmio di farlo qui nuovamente.

Nel diritto giustinianeo tale esclusione dell' erede dalla facultas separandi è mantenuta [2]. Però il coerede, se è creditore del defunto, può domandare la separatio contro i suoi coeredi 'si soluendo non sint', per quella parte di credito per cui non è erede e per cui non si è verificata la confusione. Due constituzioni, che decidono ugualmente così, si trovano nel codice: esse appartengono agli imperatori Diocleziano e Massimiano e risalgono al 299.

Ne cito per brevità una sola [3]:

> « Si uxor tua pro triente patruo suo heres extitit, nec ab eo quicquam exigere prohibita est, debitum a coheredibus pro besse petere non prohibetur, cum ultra eam portionem, qua successit, actio non confundatur. Sin autem coheredes soluendo non sint, separatione postulata, nullum ei damnum fieri patiatur ».

La decisione infatti è equa: il negare la facultas separandi al coerede in simile caso sarebbe stato un metterlo in una condizione giuridica inferiore a quella di un creditore ereditario che poteva benissimo invocare il commodum separationis.

---

(1) Nei Basilici la fattispecie è più chiara essendovi l' aggiunzione importante dell' inciso μετὰ τελευτὴν αὐτῆς.

(2) Con ciò modifico, dietro la critica del Ferrini, recensione citata, l. c., pag. 545, la mia idea, secondo cui accordavo nel diritto giustinianeo la separatio all' erede, e che avevo enunciato nella precedente memoria inserita negli *Studi e documenti di storia e diritto*, [1899], vol. XX, nr. 16.

(3) Cod. VII, 72, 6. L' altra è la c. 6, IV, 16.

CAPITOLO III

Limitazione ed estinzione della facultas separandi e sua sfera obbiettiva d'esplicazione

16. Se il commodum separationis presuppone l'insolvibilità dell'erede. — 17. Non può chiedersi oltre i cinque anni dall'aditio. — 18. Se il creditore ha novato il suo credito verso il defunto coll'erede. Interpretazione del fr. 1 §§ 10, 11, 15 e del fr. 7 h. t. — 19. Se la morte dell'erede ne estingue il diritto. — 20. Se può coesistere col beneficium inuentarii. — 21. Su quali beni poteva esercitarsi. — 22. Influenza della confusione ereditaria sulla facultas separandi.

16. Quando poteva chiedersi il commodum separationis?

O meglio: tale facoltà concessa ai creditori, intesi questi nel senso che si è visto, era subordinata perchè potesse esplicarsi a delle condizioni speciali, e precipua a quella che l'erede fosse insolvibile sia *potenzialmente*, in quanto aveva molti creditori il cui concorso lo rendeva tale di fronte ai creditores defuncti, sia *attualmente*, in quanto una ' missio in possessionem ' vi era in corso, quale preludio alla procedura della uenditio, o della distractio, quando questa sostituì la prima?

A me pare che la risposta affermativa, anche a prescindere da ogni esame delle fonti, dovrebbe essere imposta dalla logica, guardando allo scopo dell' istituto e alla sua funzione.

Se la separatio era un commodum speciale, un ' remedium indemnitatis ' — come lo chiama l' imperatore Gordiano — concesso ai creditori del defunto per conservar loro intatte le primitive garanzie *eventualmente* diminuite o annullate, in seguito all' aditio e alla confusione ereditaria, per la presenza di creditori dell'erede, che sul patrimonio del morto, acquistato dal loro debitore, potevano anch' essi rivolgersi per soddisfarsi; ne discende come logica ineluttabile conseguenza che tale eccezione ai principî generali del diritto, diretta a rimuovere i dannosi effetti di questo concorso, non potesse esistere e concepirsi indipendentemente da quelle date circostanze speciali che la consigliarono.

E le fonti confortano mirabilmente tale idea.

Da questa mia opinione però discordano Schweppe, Hofmann, Arndts, Dernburg, Oertmann, Windscheid (1). La loro idea si può riassumere nelle parole del grandissimo romanista di questo secolo. « Che l' erede — scrive — sia in stato di fallimento non è una condizione necessaria per ottenere il beneficium separationis. Nè è a richiedersi una prova che l' erede sia sovraccarico di debiti ».

Il Ferrini crede la mia opinione ' esorbitante '. Per il chiaro professore di Pavia ' i testi parlano di concessione *causa cognita* ' e pare più naturale il pensare che il magistrato concedesse la separazione quando gli risultasse serio il pericolo dei creditori. È vero che molti testi presuppongono che l' erede sia *non soluendo,* ma è il presupposto dell' ' id quod plerumque fit ', anzicchè di un requisito giuridicamente indispensabile. Se poi si

---

(1) SCHWEPPE, op. cit., § 150, pag. 274; però riconosce come ' das gewöhnliche ist, dass die Separationen unter Voraussetzung eines eröffneten Universal concurses gesucht werden ' (pag. 274); HOFMANN, l. c., pag. 570; ARNDTS, op. cit., § 524, n. 1; DERNBURG, op. cit., vol. III, § 170, Amm. 3; OERTMANN, l. c., pag. 273 e segg.; WINDSCHEID, op. cit., § 907, Amm. 3.

avverte che o si tratta di casi in cui si discorre degli effetti della separazione e dell' insolvenza verificatasi, o di rescritti in cui si accenna alle circostanze concrete, la menzione stessa perde molto del suo significato' (1).

Ma per quanto grandissima sia la considerazione che meritano le parole del Windscheid e del Ferrini, esse non mi scuotono dalla ferma mia convinzione per ciò che riguarda il diritto romano.

Ed eccone, più ampiamente che altra volta non feci, le prove positive che la suffragano. Appresterò una minuta dimostrazione, poichè il punto è di capitale importanza per tutta quanta la costruzione della figura del commodum separationis come io la concepisco.

E anzitutto mi libererò degli argomenti, dirò così negativi, del Ferrini, in quanto sono diretti a criticare la mia idea, affievolendone la dimostrazione che ne sta a base, piuttosto che a sostenere la sua. Appresterò poi nuovi elementi positivi di decisione in mio favore.

Anzitutto non mi sembra conforme al vero l' affermazione del Ferrini, che quel presupposto del *non soluendo*, si trovi solo in 'molti testi e che quindi costituisca un *id quod plerumque fit*'. Si trova invece in *tutti* i testi delle fonti dove si tratta di concedere il commodum separationis. Il 'si heredis bona ueneant', il 'quotiens, heredis bona soluenda non sunt' è la circostanza di fatto, la tesi, di *tutte* le ipotesi di Ulpiano, Papiniano, Giuliano, e dei rescritti imperiali.

Un breve esame delle fonti in proposito è necessario.

Gli esempi generali di Ulpiano addotti nel fr. 1 § 1 ad esplicazione del principio sono abbastanza chiari.

> « Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: hic decessit, heres ei existit Titius: *hic non est soluendo, patitur bonorum uenditio-*

(1) FERRINI, recensione citata, l. c., pag. 545 e segg.

nem [1] .... Fieri enim potest ut Seius quidem soluendo fuerit *potueritque satis creditoribus suis*, uel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen *satisfacere*, admissis autem commixtisque creditoribus Titii, minus sunt consecuturi, *quia ille non est soluendo*, aut minus consequantur, quia plures sunt ».

Nel § 7 presentando Ulpiano la fattispecie della sostituzione pone per dato di fatto '*si substituti bona ueneant*'.

Nel § 8 facendo il caso di più categorie di creditori ereditarî cui spetta il commodum separationis ripete la condizione del '*si Tertii bona ueneant*'.

Nel § 9 parlando dei creditori castrensi comincia dallo stabilire il presupposto di fatto della loro facultas separandi: '*si filiifamilias bona ueneant*'.

Nel § 18 si allude senz' altro ad un servo istituito 'heres cum libertate' da chi, come dice Gaio, II, 154, 'facultates suas suspectas habet *ut potius huius heredis* quam ipsius testatoris *bona ueneant*' — servo che gode per ciò stesso della separatio.

Papiniano nel fr. 3 pr., accordando in via di equità la separatio al creditore del debitore principale, erede del fideiussore, dice: '*eiusque* [*sc. heredis*] *bona uenierunt*'.

Giuliano nel fr. 4 concedendola anche ai legatarî, premette senz' altro l' ipotesi 'quotiens *heredis bona soluendo non sunt*', e nel fr. 6 § 1 nel caso del patrono accenna a persona '*quae soluendo non est*'.

Nelle due constituzioni dioclezianee del 299 [Cod. VII, 72, 7 e IV, 16, 6] spicca ancor meglio e più chiaramente il concetto della insolvibilità dell' erede, quale presupposto di fatto per chiedere il commodum separationis.

---

(1) Nei Basilici spicca ancor meglio tale concetto facendovisi una antitesi spiccata fra il defunto solvibile e l' erede insolvibile. « Εἰ ἄπορος ὢν κληρονομήσω σου εὐπόρου ὄντος, τοῖς μὲν δανεισταῖς σου ἔξεστιν αἰτεῖν χωρισμόν ». IX, VII, 38.

Nella prima si riconosce il diritto ad un creditore del defunto di esigere dai coeredi quella parte di credito per cui non è erede, e con un caratteristico collegamento — sin autem — si aggiunge che può anche chiedere la separatio, '*sin autem coheredes soluendo non sunt*'.

Nella seconda constituzione, identica alla prima pel contenuto, vi è qualche cosa di più. Ammesso ugual diritto al coerede contro i coeredi, si dice che 'et *si non soluendo constituti probentur*' quello può senz' altro chiedere la separatio perchè 'nullum ei damnum Praeses provinciae fieri patietur' (1).

Come può facilmente desumersi da queste due citate constituzioni l' argomento del Ferrini che si tratti 'di rescritti in cui si accenna alle circostanze concrete' e che per conseguenza 'la menzione stessa della solvibilità perderebbe molto del suo significato', non mi pare abbia gran valore. È vero che Diocleziano decide per casi determinati, ma una semplice lettura del testo basta a convincere subito come oggetto principale ed unico dei rescritti imperiali era il riconoscere *soltanto* il diritto a un erede di chiedere al coerede la soddisfazione del credito che il primo aveva verso il defunto e per quella parte per cui non era erede. Della separatio vi si parla — *subordinandola* alla non solvenza del coerede — in modo tutt' affatto accessorio, e direi quasi *casuale*.

Del resto il concetto del Ferrini, se ben si guarda, finisce per esser conforme al mio, coll'ammettere, secondo egli fa, come cosa 'più naturale' che il magistrato concedesse la separatio quando gli risultasse serio il pericolo dei creditori. Quando infatti può aversi un pericolo, e *serio*, dei creditori se non per insolvenza dell' erede, o *attuale* per una procedura in corso, o *potenziale* nel caso che 'admissis commixtisque creditoribus Titii [sc. heredis] minus sint consecuturi [sc. creditores

(1) Nei Basilici (IX, 7, 46) vi è anzi aggiunto un καλῶς.

defuncti] quia illa non est soluendo, aut minus consequantur quia plures sint'? (1).

Per quanto ci si discosti bisogna sempre ed in ogni modo tornare ai due punti di partenza, alle due possibili ipotesi ulpianee.

Nè d'altra parte gli argomenti dell'Oertmann, che accoglie l'opinione dei citati e da me combattuti scrittori, mi sembrano solidi. Essi in sostanza si riducono ad uno solo, che sarebbe una probatio diabolica nella maggior parte dei casi dimostrare l'insolvibilità potenziale dell'erede da parte dei creditori ereditarî, i quali — riporto le sue parole — 'trotz des schönen Rechtes, welches sie im beneficium separationis formell besassen, sehr häufig zu kurz kommen müssen indem selbst der leichtsinnig Erbe mit den Bestandtheilen der Erbschaftsmasse so lange hätte fortwirtschaften dürfen bis seine Passiva die Höhe der Activa insgesammt überstiegen hätten und dies obendrein bewiesen wäre'.

Ma quest'ultimo inconveniente come può invocarsi pensando che fino all'ultimo giorno del quinto anno dall'aditio hereditatis i creditori ereditarî avevano il diritto di chiedere la separatio?

E, d'altro canto, che valore avrebbe la 'causae cognitio' del pretore, da piu testi ricordata, supposto essenziale della separatio? Doveva la sua azione esplicarsi *solo* nel vedere se il creditore che la chiedeva era tra quelli che ne avevano la facoltà, o, se per il lungo decorso del tempo era impossibile accordare il 'remedium indemnitatis' senza curarsi del resto?

E se l'erede si fosse opposto allegando la sua solvibilità, non doveva il pretore o il praeses provinciae indagare se essa realmente esisteva e chiedere ai creditori prove sufficienti che suffragassero la loro domanda?

---

(1) ULPIANO, fr. 1 § 1 h. t.

Anche a volere ammettere che la separatio portasse ad una ‘ missio in possessionem ’ da parte dei creditori del defunto, e ad un finale distacco dell’ asse ereditario per esser venduto a sè, come sostengono molti per non dir tutti — e come io credo fermamente inesatto, secondo dimostrerò appresso — anche a volere ammettere simili effetti, la ‘missio’ avveniva, come formalmente dice Ulpiano, nel pr. del fr. 1, ‘decreto pretoris ’. Sarebbe stata quindi una ‘ missio *decretalis* ’ e non ‘ *edictalis* ’, concessa cioè con formale apposito decreto, dopo relativa ‘causae cognitio’ dei motivi della ‘ postulatio ’ — il serio pericolo e le condizioni a cui era subordinata — e non già senza alcuna preliminare ‘ inquisitio ’ e senza contradittorio (1), in base alla nota rubrica dell’editto, come avveniva per l’altra ‘ missio ’.

Nè quell’argomento che l’Oertmann vuol desumere in favore della sua tesi, ragionando per deduzioni, è felice.

Anzitutto non è vero che il caso generalissimo fatto nel § 1 da Ulpiano ‘ utputa ecc. ’ sia ‘ nür ein concretes Beispiel ’. Poi il voler desumere che il presupposto dell’ insolvenza non si richiedesse sempre dal fr. 1 § 1, dal fr. 2 § 2 e dal fr. 5, nei quali si discute la questione se, chiesta la separatio, i creditori rimasti insoddisfatti sul patrimonio ereditario possono richiedere dall’ erede il soddisfacimento finale del loro avere, ritenendolo sempre responsabile ultra uires hereditarias, inquantochè da tali frammenti risulterebbe secondo l’ Oertmann che l’ erede non era insolvibile, ma idoneus [pag. 273], è, a mio parere, inesatto. Poichè il caso cui si riferiscono questi passi può essere quello ben noto di cui

(1) Contradittorio che nel diritto giustinianeo era richiesto *sempre*, a meno che il debitore non riconoscesse senz’ altro giuste le domande del creditore. Cosa questa purtroppo sfuggita agli scrittori.

parlano Gaio, II, 155 [1], e Modestino nel libro II pandectarum fr. 7, XLII, 3. L'ultimo dei giureconsulti con cui si chiude il periodo fecondo della giurisprudenza romana nettamente scrive:

> « Si debitoris bona uenierint postulantibus creditoribus permittur rursus ejusdem debitoris bona distrahi donec suum consequantur, si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus Praetor moueri possit ».

Infatti Paolo nel fr. 5 parla è vero della possibilità o meno di poter rivolgersi all'erede 'idoneus' da parte dei creditori del defunto rimasti insoddisfatti. Ma tale '*idoneitas*' può intendersi provenga da ciò che egli, *dopo* la 'uenditio bonorum' acquistò qualche cosa d'altro:

> « At *si ex alia causa* heres *adquisierit* non admittentur hereditarii creditores ».

Le ultime righe del fr. 5, che spiegano il perchè di tal decisione di Paolo, stanno a confermare che si tratta appunto di beni acquistati in tempo posteriore dall'erede 'qui potest, *donec uiuit*, adquirere'.

Nel § 2 del fr. 3 del pari invano si cercherebbe la prova della 'idoneitas' iniziale dell'erede. Il concetto papinianeo è ben netto: il creditore ereditario può rifarsi della 'inidoneitas' dell'eredità sui beni dell'erede:

> « ita demum aliquid ex bonis heredis ferat *si proprii creditores heredis fuerint dimissi* ».

Questo 'aliquid' corrisponde appunto alla 'portio' che 'cum ceteris heredis creditoribus ei quaerenda erit' [§ 1].

Ora come concepire questa 'portio' e una 'dimissio' collettiva dei 'proprii heredis creditores' senza il procedimento della 'uenditio bonorum'?

---

[1] « Cum ceterorum hominum, quorum bona uenierunt pro portione, si quid postea adquirant, etiam eorum uenire solent ».

Il § 17 del fr. 1 non può poi costituire alcun argomento nè pro nè contro, essendo interpolato come appresso si vedrà.

Ma anche a non voler esser paghi d'aver dimostrato inani le critiche alla tesi che sostengo, in quanto si spuntano tutte contro le affermazioni esplicite dei testi e le spontanee deduzioni che se ne traggono, da cui invece è stupendamente suffragata, si può anche provare in modo positivo e per altra via, come la tesi contraria sia per sè stessa insostenibile.

Se infatti ci rivolgiamo alle fonti ed esaminiamo quali garanzie potesse pretendere un creditore ereditario in generale, e un legatario, contro l'erede per mantenere saldo e sicuro il suo diritto di credito, si vede subito come si riducessero ad una sola: a chiedere, cioè, all'erede una ' satisdatio pro suo debito reddendo '. *Satisdatio* che il pretore imponeva *causa cognita*, dopo prova evidente che si trattasse di un ' suspectus '. Nel caso che questi si rifiutava a prestarla, malgrado l'ordine formale ricevuto, allora soltanto il pretore ordinava la ' missio in bona ' e la conseguente ' uenditio '.

Ulpianus libro II de omnibus tribunalibus, fr. 31, XLII, 5, de rebus auctoritate judicis possidentis:

> pr. « Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possint pro suo debito reddendo; cuius rei gratia cognoscere Praetorem oportet, nec statim eum satisdationis necessitati subiicere debet, *nisi causa cognita constiterit*, prospici debere his, qui suspectum eum postulauerunt ».
>
> § 3. « Quodsi suspectus satisdare iussus decreto Praetoris non obtemperauerit, tunc bona hereditatis possideri, uenum dari ex Edicto suo permittere jubebit ».

Dai §§ 1, 4 e 5 di questo medesimo frammento si deducono altre importanti notizie. Il criterio cioè per

dire l' erede ' suspectus '; le conseguenze dannose pei creditori ereditarî che tale l' avevano affermato leggermente.

> § 1. « Sed suspectus heres non iisdem modis, quibus suspectus tutor aestimatur, siquidem tutorem non facultates, sed fraudolenta in rebus pupillaribus, uel callida conuersatio suspectum commendet, heredem uero solae facultates ».
>
> § 4. « Plane si doceatur nihil ex bonis alienasse nec sit quod ei iuste praeter paupertatem obiiciatur, contentus esse Praetor debet, ut iubeat eum nihil minuere ».
>
> § 5. « Quod si nec inopia laborantem eum creditores ostendere potuerint, iniuriam actione ei tenebuntur ».

Di fronte a tali notizie esplicite io non credo sia ancora lecito l' ammettere che la separatio non presupponesse provata l' insolvibilità dell' erede per la presenza di ' proprii creditores '. Il ' remedium indemnitatis ' era subordinato a tale condizione: il loro diritto consisteva soltanto — secondo me — a impetrare una ' satisdatio ' per garanzia del credito nel caso che l' erede era ' suspectus '; se l' erede sospetto la negava, nonostante il decreto del pretore, si concedeva la missio in bona e la seguente uenditio; *se e in quanto* poi, vi erano ' proprii heredis creditores ' si dava il ' commodum separationis '.

Non si comprende quindi come potesse processualmente esplicarsi la separatio secondo la tesi dell' Oertmann e di altri, i quali le attribuiscono l' efficacia di staccare, annullando le conseguenze dell' aditio, il patrimonio del defunto da quello dell' erede, rendendolo autonomo, per riservarlo al soddisfacimento dei creditori ereditarî. Se concetto della separatio esiste col quale è assolutamente inconciliabile l' opinione avversaria, che non vuole presupporre, *sine qua non*, l' insolvenza dell' erede, questo è appunto quello dell' Oertmann.

Un altro argomento che da solo sarebbe di scarsa forza probante, ma che acquista un certo valore messo insieme cogli altri poderosi già esposti, voglio addurre qui per ultimo in favore della mia tesi. Ed è il posto che occupa il titolo 'de separationibus' nel Digesto, tra quello 'de rebus auctoritate iudicis possidendis seu uenundandis' e l'altro 'de curatore bonis dando'.

La mia opinione del resto non può dirsi solitaria. Parecchi la sostengono, tra cui Dabelow, Lauterbach, Carpzow, Struve, citati dall'Oertmann, Aloisio Brinz, Cujacio, Vering e Waechter [1].

17. La facoltà di chiedere la separatio non era indipendente da ogni limite di tempo. Nel fr. 1 § 13 si dice che scorsi i cinque anni dall'adizione non era più possibile l'impetrarla:

> « Quod dicitur post multum temporis separationem impetrari non posse ita erit accipiendum ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum, separatio non postuletur ».

A guardare semplicemente le parole di Ulpiano si scorge subito come tale determinazione di tempo non sia stata fatta ab initio. In principio il pretore era solo lui l'arbitro nel dichiarare decaduto dal diritto a chiedere la separatio, indipendentemente da ogni termine stabilito, nel caso che troppi inconvenienti ne sarebbero derivati dalla concessione. Ma che tale decisione che fissava un limite appartenesse ad Ulpiano non è lecito ammetterlo. Egli non era un legislatore e quindi non poteva di suo capo stabilire un periodo di

---

[1] OERTMANN, l. c., pag. 274; BRINZ, Pandekten, § 398 n. 1; CUIACIUS, Op. omnia, vol. IV c. 1345 D., scrive sempre: « siheres soluendo non sit, et futurum sit ut patiatur possessionem et uenditionem bonorum ». Cfr. pure vol. V, c. 1097, E. VERING, Gesch. u. Pand. 8, röm. u. heut. gem. Privatrechts, 5. A. 1887, pag. 816; C. G. WAECHTER, Pand. § 304, pag. 771.

cinque anni. Se poi questo periodo fosse stato introdotto per costituzioni imperiali o per clausola dell' editto, il giurista non avrebbe detto ' ita erit accipiendum ut ', ma ' constitutum est ' o un' altra frase simile. Anzi non avrebbe sollevato nemmeno la questione, e la regola di diritto — quod dicitur — non sarebbe stata formulata in modo vago, ' post multum temporis separationem impetrari non posse ', ma in modo preciso, ' post quinquennium '. Si confronti in proposito la nota regola formata sugli editti imperiali: ' post quinquennium statum defunctorum non retractari '. Che, del resto, il diritto giustinianeo sostituisca un termine fisso alla precedente facoltà di apprezzamento del magistrato è conforme all' indole e all' ufficio suo e trova riscontro in moltissimi esempi.

A tali considerazioni di sostanza, che sono perentorie, si aggiungono quelle di forma. Prettamente giustinianeo è il ' quinquennium post aditionem numerandum '. Strano è che si dica ' post quinquennium separatio non postuletur '. Quello che si proibisce è che la separazione *venga impetrata* dopo il quinquennio: le domande intempestive il legislatore può ordinare che siano vacue di effetto, non può impedire che avvengano (1).

18. Una limitazione alla facoltà di chiedere la separatio si ha quando il creditore ereditario ha novato coll' erede il suo credito verso il defunto. In tal caso è evidente che, divenuto creditore proprio dell' erede, cade ogni motivo per accordare la separatio, il cui presupposto essenziale — il debito ereditario — per effetto della novazione si è ipso iure estinto, sostituito da un altro.

(1) La dimostrazione di questa interpolazione è del FERRINI, rec. cit., l. c., pag. 546.

Tale limitazione è enunciata nel § 10 da Ulpiano:

> « Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem qui non nouandi animo ab herede *stipulati* sunt: ceterum si eum hoc animo secuti sunt amiserunt separationis commodum [quippe cum secuti sunt nomen heredis] (1) nec possunt iam ab eo separare qui quodammodo eum elegerunt ».

Che questo § sia stato riprodotto dai compilatori nella sua genuina lezione, quale cioè fu scritto da Ulpiano, è per me cosa certa. Non lo è invece pel Ferrini. Il chiaro pandettista di Pavia lo crede interpolato e lo ricostruisce così:

> « Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non ab herede stipulati sunt: ceterum si secuti sunt nomen heredis non possunt iam ab eo separare qui quodammodo eum elegerunt » (2).

L' accenno all' animus nouandi è infatti pel Ferrini aggiunta tribonianea. Egli nell' *Enciclopedia giuridica*, trattando la voce ' Obbligazione ' ha con entusiasmo abbracciato l' opinione già messa ' coraggiosamente ' avanti dal Gradenwitz (3). L' intenzione di novare — l' animus nouandi — è per lui un requisito che si ricerca nel diritto giustinianeo in cui ' la decadenza delle forme esplica la sua efficacia e tutto si appunta precipuamente nell' intenzione '.

Io non posso qui ingolfarmi in una discussione che mi porterebbe lungi dal mio campo. Dirò in breve che io, seguendo le conclusioni del Costa, elegantemente

(1) Glossema. LENEL, Palingenesia, II, 796, n. 1.

(2) FERRINI, rec. cit., l. c., pag. 547.

(3) FERRINI, nell' *Encicl. Giuridica*, voce Obbligazione, vol. XII, parte I, pag. 841 e segg. GRADENWITZ, Interpolationen in den Pandekten, Berlino 1887, pag. 218-219.

sintetizzate in uno dei suoi ultimi scritti [1], reputo la frase ' animus nouandi ' genuina, adoperata cioè dai giureconsulti classici, non escludendo che essa abbia potuto essere usata dai compilatori giustinianei, e inserita qua e là per scopi speciali. Nel nostro testo però è, a mio parere, genuina. Essa sta a distinguere, ed opportunamente, il caso in cui dovea concedersi la separatio da quello in cui doveva negarsi: il caso in cui il creditore del defunto aveva stipulato coll' erede un' obbligazione del tutto nuova e diversa da quella intercedente col defunto, dall' altro in cui aveva novata la esistente ereditaria con una nuova ' stipulatio '. Nel primo caso la ' facultas separandi ' diretta a garantire esclusivamente il credito ereditario rimasto integro non veniva menomata, nel secondo si estingueva.

Accogliendo la ricostruzione del testo presentata dal Ferrini tale distinzione importantissima non è possibile farsi, e Ulpiano non poteva certo lasciarla nell' ombra, nè altrimenti colpirla. Poichè era necessario vedere quali delle nuove stipulazioni annullavano il diritto a chiedere il commodum separationis, e il criterio di decisione si sustanziava appunto nell' animus nouandi.

Con ciò io accedo a quanto scrive il prof. Costa sulla tendenza di ossequente riguardo alla volontà ricercata nelle singole fattispecie, che era venuta prevalendo presso i giuristi del terzo secolo, reagendo contro il formalismo rigoroso dell' epoca anteriore ritrattoci da Gaio [III, 176-179]. La decadenza delle forme che conduce al riconoscimento della volontà era già incominciata in questo periodo. Il vigoroso senso giuridico di Ulpiano era guida sicura a determinare l' effetto di ciascuna stipulazione in riguardo alla volontà che apparisse informarla; a far prevalere sempre la natural presunzione di non abbandono di diritti, e però a ravvisare

(1) Costa, Animus novandi negli *Scritti giuridici in onore di F. Schupfer,* Torino 1898, parte I.

una mera stipulazione accessoria laddove tale volontà non apparisse da segni concludenti, benchè liberamente ricercati, intesa a novare un' obbligazione preesistente ([1]).

Ora questa tendenza si rileva mirabilmente nel § 10 e nei seguenti di Ulpiano, il quale, messa avanti l' ipotesi che il creditore ereditario avesse *stipulato* coll' erede, discute la portata e gli effetti di questa *nuova* stipulazione. Era lecito infatti dubitare che egli avesse novato l' obbligazione preesistente, e quindi rinunciato implicitamente al commodum separationis, avendo in certo qualmodo — quodammodo — scelto un altro debitore. E in questo dubbio Ulpiano consiglia di ricercare l' animus nouandi del creditore per decidere.

Aveva egli ricevuto ' usuras ' dall' erede in seguito a nuova stipulazione [stipulatio sortis et usurarum] in proposito? Si era con ciò verificata una nouatio? ([2]).

> « Sed etsi usuras ab eo ea mente, quasi eum eligendo, exegerunt idem erit probandum ».

E le ipotesi si succedono, conseguenza della prima ipotesi, insieme colla ratio decidendi ulpianea. Le fonti presentano degli altri casi in cui vien negata la separatio per avvenuta novazione. Se ad esempio il creditore ereditario riceveva a mezzo di stipulazioni pretorie una satisdatio in garanzia del suo credito, anche se tale satisdatio prestata risultava insufficiente, non poteva più esperire la facultas separandi.

> « Item quaeritur si satis acceperunt ab eo an impetrent separationem? Et non puto, hi enim secuti sunt eum forte quem mouebit. Quid ergo si satis non idoneum acceperunt? Et sibi imputent cur minus idoneos fideiussores accipiebant ».

([1]) Costa, scritto cit. l. c., pag. 5 dell' Estratto.

([2]) Vi é qualche autore che spiega appunto con una novazione le citate righe « Sed etsi usuras ecc. »: Brunnemann, Decis. cent. [Frankfurt a. O. 1704] vol. IV, 79; Hagemann, Prakt. Erörterungen vol. VII, 53, cit. dell' Oertmann, l. c., pag. 309, n. 72.

Che Ulpiano con queste ultime parole si riferisse appunto alla novazione del credito ereditario fatta coll'erede, e che l'ipotesi sopra riferita sia ad essa subordinata, mi pare assolutamente fuor di dubbio. Infatti come si spiegherebbe tale accenno al fideiussore, strano abbastanza in questo momento? Il fideiussore, per la cui insolvibilità il creditore ereditario viene a rimanere insoddisfatto, poteva soltanto essere assunto in garanzia, nel caso che una nuova stipulazione fosse interceduta coll'erede, stipulazione che *novava* appunto il debito preesistente. E se con tale atto il creditore veniva ad esser danneggiato peggio per lui, ma il diritto a chiedere la separatio l'aveva di già perduto.

Un altro caso di novazione si presenta nel § 25:

> « Si quis pignus ab herede acceperit non est ei concedenda separatio [quasi eum secutus sit] (1). Neque enim ferendus est qui qualiter qualiter eligentis tamen mente heredis personam secutus est».

Una fattispecie singolare di restitutio in integrum presenta Marciano nel fr. 7:

> « Qui iudicium dictauerunt heredi separationem quasi hereditarii possunt impetrare, quia ex necessitate hoc fecerunt ».

Infatti colla deduzione in giudizio il credito ereditario, per l'efficacia consuntiva e novatrice della conseguente litis contestatio, si estingueva. Sarebbe stato poco equo che a questi creditori, che 'ex necessitate hoc fecerunt' — trattandosi ad esempio di difendere l'esistenza stessa del diritto — si fosse negato il commodum separationis. E il concederlo era un caso di restitutio in integrum.

Uguale è la decisione in proposito dell'imperatore Gordiano, Cod. VII, 72, 2.

Dall'esame spassionato delle fonti io mi credo quindi autorizzato a conchiudere che allora si perdeva il diritto

---

(1) Glossema, LENEL, Palingenesia, II, 796, n. 2.

a impetrare la separatio quando il creditore avesse novato coll'erede il debito preesistente del defunto ([1]): novazione che in questi tempi — non si dimentichi che è Ulpiano che parla — poteva avvenire in molti modi, tra cui quelli citati. E a testimoniarlo sta la celebre costituzione del 530 [Cod. VIII, 42] di Giustiniano.

> « Si quis uel aliam personam adhibuerit uel mutauerit, uel pignus acceperit, uel quantitatem augendam, uel minuendam esse crediderit, uel conditionem seu tempus addiderit, uel detraxerit, uel cautionem minorem acceperit, uel aliquid fecerit *ex quo veteres iuris conditorés introducebant nouationes*, sancimus nihil penitus prioris cautelae innouari ecc. ecc. ».

Sono nè più nè meno che le fattispecie esaminate da Ulpiano. Le frasi quindi ' personam heredis sequi ', ' heredem eligere, nomen heredis sequi ' ([2]), debbono

---

([1]) Questa interpretazione che ebbi occasione di esporre nel *Circolo Giuridico,* vol. XXIX, pag. 119-120, in una recensione al LOSANA, Separazione del patrimonio ecc., Torino 1896, estesi anche all' art. 2056 del Cod. civ. italiano. La Direzione della rivista contrassegnandola con una nota [la cui opportunità — trattandosi di una rivista *scientifica e non politica* — è, a mio parere, assai problematica] dichiarò che era *personale*, e pigliò atto della mia promessa, fatta nel testo, di svolgerla in apposita monografia. Sciolgo ora tale promessa, augurandomi che la Direzione della rivista voglia convincersi che tale mia opinione *personale* dovrebbe essere la *comune,* per quanto riguarda il *diritto romano*, riserbandomi per ciò che si riferisce al *diritto civile* — rispetto a cui non *era* punto *personale* — nel seguito di questa monografia, di completarne la dimostrazione promessa.

([2]) La frase ' nomen heredis sequi ' a cui il FERRINI, rec. cit. l. c., pag. 548, attribuisce ' un significato processuale ', contrapponendovi l' altra frase di ' bona defuncti ueneant ', avrebbe per me il semplice significato di seguire il *credito* dell' erede. Infatti il termine tecnico nelle fonti per indicare il credito e il debito è ' nomen ' [AFRICANUS, libro VI, quaestionum XXXII, 64*:* ' Nomina debitorum praestare '; CICERONE, Verr. II, l. 10: ' Nomen exigere '; Topic. 3; ' in nominibus esse '] specie dopo l' introduzione dell' expensilatio.

essere interpretate in relazione alla nouatio avvenuta, la quale, *logica dictante*, estingueva il diritto alla separatio. Questo non ha fatto alcuno, producendo per conseguenza immediata una confusione enorme, ed errori singolari nel concepire la funzione e lo scopo del nostro istituto. Ma di ciò appresso, e più ampiamente.

19. Può succedere che l'erede adisce l'eredità e muore, lasciando un successore. In simile evenienza, come si è visto nel caso del § 8, la facultas separandi dei creditori di questo secondo erede è subordinata e limitata all'esercizio della medesima facoltà dei primi creditori, di modo che, da essi esercitata, viene ad estinguere fino a che dura quella degli altri.

20. Una questione importante, solo possibile nel diritto giustinianeo, è sapere se la separatio potesse coesistere col 'beneficium inuentarii'. La risposta secondo me deve essere affermativa, quantunque le fonti nulla ci dicano di esplicito: si può infatti desumere dall'esame dell' istituto del beneficium inuentarii amorosamente introdotto dall' imperatore Giustiniano, che con soddisfazione caratteristica lo presenta, compiacendosene. Il concetto che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dei creditori si era venuto mano mano affermando netto con Adriano, il quale accordò la 'restitutio in integrum' ad un maggiore di 25 anni, che, adita l'eredità, credendola attiva, si era accorto che in realtà non lo era [1] — assumendo poi una figura autonoma con la costituzione di Gordiano che tale privilegio

---

[1] « Cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emergisset ».

estese a tutta una categoria di persone — i militari — i quali non rispondevano dei debiti se non per l'ammontare dell' asse ereditario. Tale è il concetto fondamentale che incarna la nuova istituzione giustinianea: che cioè le pretese dei creditori ereditarii si limitassero ai singoli oggetti componenti l'eredità del defunto 'ut in tantum hereditariis creditoribus teneatur, in quantum res substantiae ad eos devolutae ualeant' [Cod. IV, XXX, 22, § 4]: sostanze che dovevano, con stabilite modalità, inventariarsi [exordium capiat inuentarium super his rebus quas defunctus mortis tempore habebat].

Posto ciò, è evidente come il beneficium inuentarii non costituiva che un vantaggio solo per gli eredi e non pei creditori del defunto, i quali potevano sempre veder concorrere sul patrimonio inventariato i creditori dell'erede. Colla separatio invece tale pericolo era scansato del tutto: i creditori dell'erede erano posposti.

Un' ultima considerazione in favore della mia tesi è questa, che Giustiniano in quella sua ultima constituzione 'quae omnes casus continet' [§ 15], se tale intenzione avesse avuto di escludere la coesistenza dei due commoda, l' avrebbe esplicitamente detto (¹).

21. Per chiudere questo capitolo resta a discutere ancora un altro punto riguardante la portata obbiettiva della separatio. Su quali beni poteva essa esercitarsi? Naturalmente sul patrimonio lasciato dal defunto. Siccome però esso pel fatto dell' aditio dell' erede poteva

---

(¹) Così pure il WINDSCHEID, Pandekten, III § 607, n. 3; KOEPPEN, Erbrecht, I, pag. 219; SEUFFERT, Pract. Pandektenrecht, § 578, n. 4; BRINZ, Pandekten, § 158; MUELENBRUCK in Glück's Commentar, vol. 41, pag. 378; SINTENIS, Das practische gem. Civilrecht [3.ª ed. Leipzig, 1869] vol. III, § 186, pag. 508 e Am. 4.

subire delle variazioni nella sua entità, sia accrescendosi sia diminuendo, fino a sparire del tutto per alienazione, così la questione si restringe a sapere quale influenza tali modificazioni esercitavano sul diritto dei creditori.

La prima ipotesi è semplice. Si comprende nel patrimonio ereditario tutto ciò che l' erede 'ex hereditate' abbia acquistato. Paolo è esplicito:

> « Sed si postea impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod acquisitum est illis qui separationem impetrarunt ».

L' altra ipotesi, più complicata, ci è esposta nella sua forma più generale da Ulpiano nel § 12:

> « Praeterea sciendum est posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt non posse impetrari separationem; confusis enim bonis et unitis, separatio impetrari non poterit ».

Ma dal modo di esprimersi di Ulpiano si rileva come egli alluda a quella confusione intima che rende materialmente impossibile la distinzione delle cose ereditarie dalle altre che tali non sono. La domanda che egli stesso si fa immediatamente dopo, esplicando il principio generale già enunciato nello stesso paragrafo, sta a confermare tale concetto.

> « Quid ergo si praedia extant uel mancipia uel pecora uel aliud quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio nec ferendus est qui causatur bona contributa quum praedia contribui non possunt, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis ut impossibilem separationem effecerint; quod quidem perraro contingere potest ».

Con questi principî io credo si possa giungere più in là, ed affermare che la separatio può chiedersi anche quando le singole cose ereditarie non possono distinguersi individualmente, come nel caso dei praedia

o delle pecore, quando cioè ci sia stata una commixtio. In questo caso la separatio avrebbe potuto, io credo, domandarsi per la parte e per la quantità nota di cose fungibili lasciate dal defunto. Supposto, ad esempio, che nel patrimonio di quest' ultimo ci sia stata una quantità di grano, vino, olio, e che l' erede abbia mescolato col proprio olio, vino, grano, a me sembrerebbe che ai creditori, i quali possono conoscere l' esatta quantità appartenente al defunto spetti benissimo la separatio, esperendo le varie azioni all' uopo necessarie, dirette a separare materialmente le cose commiste o stabilire la quantità della materia delle cose commiste da esser dichiarata ereditaria. La restrizione apportata da Ulpiano al principio generale — confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit — ne indica esattamente la sua portata e la sua funzione in tutti quei casi cui vi è impossibilità materiale assoluta di distinzione. L' esempio delle pecore è decisivo in proposito; poichè qui Ulpiano intende appunto parlare di separazione del numero delle pecore appartenenti al defunto, dalle altre appartenenti all' erede, e non già delle singole pecore, individualmente prese, di quello.

Va da sè che essendovi impossibilità di distinguere e individuare solo una parte del patrimonio, il commodum impetrato ha valore per il restante.

Può darsi il caso che l' erede dopo un lasso di tempo abbia venduto l' eredità in parte o in tutto. Papiniano [fr. 2] è esplicito a questo riguardo:

> « Ab herede uendita hereditate separatio fustra desiderabitur utique si nulla fraudis incurrit suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conseruari solent ».

Naturalmente si esclude l' ipotesi che l' erede sia in mala fede. Siamo allora in tema di atti compiuti in frode dei creditori, che appartengono ad altro campo, e contro cui può esperirsi l' azione Pauliana.

Una questione dibattuta a questo proposito è quella riferentesi all' efficacia della nota regola 'pretium succedit in locum rei'. Alcuni scrittori, quali ad esempio fra i più recenti il Dernburg, e fra gli antichi Lauterbach e Voet (1), sostengono che anche trattandosi di separazione come nelle azioni di eredità e in generale negli 'universalia judicia' avviene la surrogazione reale. 'Si tamen pretium rei uenditae — scrive il Lauterbach, l. c. — vel nondum solutum, uel solutum quidem, sed bonis heredis nondum mixtum sit, separatio peti potest'.

Rimandando a luogo più opportuno, trattando cioè del diritto civile odierno, la discussione minuta di simile idea, qui dirò solo come tale concetto sia inapplicabile al caso nostro pel diritto romano. Le fonti sono esplicite in proposito: 'nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conseruari solent', scrive Papiniano nel citato frammento 2. L' erede alienando, cedendo, permutando, compensando 'bona fide' cose o crediti ereditarî, ha esperito un suo diritto, non ledendone alcun altro: ha agito da proprietario dell' eredità, nè come tale può invocarsi contro di lui il concetto della indebita locupletazione o della rappresentanza, presupposti essenziali perchè si abbia la surrogazione reale (2).

Accenno qui, riservandomi di discorrerne in altro luogo, come l' ultima proposizione di Papiniano — nam

---

(1) Dernburg, Lehrbuch d. preuss. Privatrecht, vol. III, [3.a ed. Halle 1884] pag. 679; Lauterbach, Coll. theor. Pract. [Tübingen 1690-1711] vol. III, pag. 345; Voet, Commentarius ad tit. D. XLII, 6.

(2) Cfr. Fadda, nelle *Note* al volume I, parte 2.a del Diritto delle Pandette del Windscheid, pag. 500-4, il quale, dopo un acuto esame della questione, viene al risultato, io credo inoppugnabile, che la surrogazione reale non ha luogo nelle universalità giuridiche solo perchè tali, ma che sulla sua ammissione influiscono due principî importanti, ora congiunti, ora separati: il principio della indebita locupletazione e quello della rappresentanza.

quae bona fide ecc. — parrebbe in certo modo contradetta dal § 3, fr. 1, da Ulpiano, il quale dice che il creditore che ha chiesto la separazione ha un diritto poziore di colui che esercita un diritto reale di pegno su una cosa ereditaria *obbligatagli* dall' erede; e ciò secondo un rescritto d' Antonino e Severo. La contraddizione potrebbe eliminarsi pensando come Ulpiano non dichiara nullo ciò che l' erede ha fatto in buona fede, ma pur ratificandolo, siccome la cosa esiste, stabilisce poziore la garanzia pel soddisfacimento nata dalla separatio. Non è da escludersi poi che i creditori, i quali tale diritto ipotecario esercitano, siano appunto gli ereditarî, che, ad es., novando coll' erede il loro credito preesistente, ne ricevettero come garanzia un oggetto ereditario. In simile caso sono ‘ cum creditoribus heredis numerandis ’ [§ 16], di guisa che gli altri creditori che abbiano impetrata la separatio si trovano in una posizione privilegiata di fronte a loro.

22. Un' ultima questione deve qui esaminarsi. La separatio ha l' efficacia d' impedire la confusione ereditaria per quel che riguarda l' estinzione degli eventuali diritti di credito del defunto verso l' erede?

Un illustre romanista, il Brinz, non esita a dichiararsi per l' affermativa. Per lui — riporto le sue testuali parole — ‘die schon eingetretene Confusion von Forderungen und Schulden rückgängig wird ’ (1).

Quanto però le fonti appoggino simile affermazione il compianto professore di Monaco non dice: il volerla ricavare infatti, come egli fa, solo dalle espressioni ‘ quasi duorum bonorum uenditiones ’, ‘ quasi defuncti bona uendiderunt ’, è un voler fantasticare un poco.

---

(1) Brinz, op. cit., § 437, n. 12, pag. 492 e § 398, n. 7, pag. 207 e § 399, n. 18, pag. 212.

Tale decisione del resto è conforme al falso concetto che l' unanimità degli scrittori si è fatta sull' efficacia della separatio la quale produrrebbe un distacco dal patrimonio dell' erede, a cui per il fatto dell' aditio si è senz' altro unito, del patrimonio del defunto, facendolo rivivere autonomo quale 'universitas' a sè.

Rimandando a luogo più opportuno la critica di questa idea, qui dirò solo come il concetto fondamentale romano della confusione, quale causa estintrice di diritti di credito si oppone fortemente a quella deduzione [1], a cui, inoltre, si para di fronte insormontabile l' ostacolo diretto delle fonti. Papiniano nel fr. 3 pr., nel caso che l' erede — debitore principale — eredita dal fideiussore, dice formalmente che 'obbligatio fideiussionis *extinta* est'. Il pretore accorda la separatio quantunque [quamuis] sia avvenuta l' estinzione per confusio della fideiussione; separatio che non rescinde menomamente tali effetti della confusione, ma che è un 'remedium indemnitatis' suggerito dall' equità, il quale tende a riparare i creditori dalle conseguenze dannose della confusione estintrice di rapporti giuridici precedenti.

---

[1] Si veda in proposito la bella monografia del KRETSCHMAR, Die Theorie der Confusion, Ein Beitrag zur Lehre von der Aufhebung der Rechte, Leipzig, 1899, pag. 7 e segg., e specialmente pag. 17 e segg.; e per ciò che riguarda la questione trattata nel testo pag. 196 e segg. L' egregio collega di Lipsia è dello stesso mio parere.

CAPITOLO IV

Procedura per ottenere la separatio. Caratteri del diritto che ne sorgeva.

---

23. Importanza processuale dell'istituto. — 24. Magistrato e foro competente. Interpolazione del fr. 1 § 14. — 25. Procedura che si eseguiva innanzi a lui. — 26. Caratteri del diritto nascente dalla separatio. È un 'privilegium exigendi'. — 27. Come si esplicava nei varî periodi della storia della procedura romana di esecuzione. — 28. Critica delle opinioni contrarie.

23. Ho creduto opportuno nel distribuire organicamente la materia della presente monografia di trattar qui l'argomento, oggetto di questo capitolo, perchè mi è parso, data l'intima connessione intercedente tra l'istituto in esame e la sua pratica esplicazione, che soltanto tenendone presente il lato processuale se ne potesse intendere meglio la sua funzione e fissare con precisione gli effetti varî e molteplici che esso produce, sia in riguardo all'erede in rapporto coi creditori ereditarî, sia tra essi, sia infine tra questi e i legatarî. Ed è precisamente secondo il mio parere da attribuirsi a tale lacuna nello studio del lato processuale della 'separatio' che dagli scrittori non si è saputo ricavare con esattezza e precisione la figura dogmatica dell'istituto, nè

fissarne rigorosamente la funzione e gli effetti che entro i limiti di questa si producono o si devono produrre.

24. Le notizie che le fonti ci danno sul modo con cui ottenere la separatio sono abbastanza laconiche. Ulpiano dice nel principio del fr. 1 che 'separationem solet impetrari decreto Praetoris'; nel § 14 accenna ai magistrati competenti ad accordarla: 'de his autem omnibus an admittenda separatio sit, nec non, Praetoris est uel Praesidis notio'. Le parole seguenti del § 'nullius alterius, hoc est eius qui separationem indulturus est', sono da considerarsi più che un glossema, verosimilmente una vera e propria interpolazione dei compilatori [1].

Da queste notizie solo è da argomentarsi che i magistrati competenti a decidere sulla materia erano quelli muniti d'imperium.

Nessun accenno si ha sulla scelta del luogo dove iniziarsi la procedura della separatio. Dovevasi adire il magistrato del domicilio dell'erede, o potevano i creditori

---

[1] Eccone brevemente, secondo me, la ragione sostanziale. I praesides provinciae avevano la facoltà di dar giudici, come si rileva dalla costituzione del 25 agosto 294 degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, che per maggior chiarezza riporto. « Placet nobis, Praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen ut, si uel propter occupationes publicas, uel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia, non potuerint cognoscere, iudicis dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi conuenit, ut in his etiam causis, ex quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia permissa credatur. Quod usque adeo in Praesidum cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta uideantur, dum tamen de ingenuitate super qua poterant etiam ante cognoscere et de libertinitate praesides ipsi diiudicent ».

Ora io credo che quelle parole interpolate non significhino altro che un limite a questa facoltà 'judicis dandi' dei presidi, nel senso che il commodum separationis non poteva essere accordato altro che dal preside

presentarsi direttamente al proprio, o a quello entro la cui giurisdizione territoriale trovavansi i 'bona defuncti'?

È lecito pensare con molto fondamento che anche qui fosse da ritenere applicata la regola 'actor sequitur forum rei', e che in simile materia si facesse eccezione all'altra del 'forum rei sitae', quand'essa, s'intende, ebbe ad essere accolta in pratica nel diritto post-classico. Lo si desume dai fr. 1, XLII, 5 di Gaio, libro XXIII ad Edictum prov. e 2 h. t. di Paolo, libro LIV, ad Edicti:

> « Venire bona ibi oportet ubi quisquè defendi debet [fr. 1] — id est ubi domicilium habet » [fr. 2] (1).

25. Il creditore o i creditori del defunto e i legatarî si presentavano quindi al magistrato competente e chiedevano il 'remedium indemnitatis'. Le fonti adoperano la parola 'impetrare', e non senza motivo. Infatti non si trattava di una semplice 'postulatio ex edicto'. Bisognava dimostrare preliminarmente i motivi sui quali si fondava la loro domanda. Quanto ci dice

---

rimanendo esclusa in proposito, dopo la citata constituzione, ogni delegazione ch'egli poteva fare ad altri. Il 'nullius alterius' implica infatti, che qualche altro vi fosse il quale potesse avere la 'notio an admittenda sit separatio nec non' e cioè un 'judex pedaneus'. Posto ciò è evidente come ULPIANO, ucciso nel 228, non poteva scrivere quelle parole dipendenti dalla proibizione sancita nel 294 da DIOCLEZIANO. Da quanto ho detto si scorge come io accolga pienamente l'opinione del PERNICE [L'ordo iudiciorum e l'extraordinaria cognitio durante l'impero romano, memoria tradotta nell'*Archivio giuridico*, vol. XXXVI, pag. 147 e segg.] nell'interpretare la costituzione dioclezianea, nel senso che essa non si riferisca, come è da parecchi sostenuto, all'abolizione dell'antica 'datio judicis' e quindi al decisivo trionfo della 'extraordinaria cognitio', ma a quella speciale del giudice pedaneo da parte del preside, limitando questa sua facoltà e non abolendola del tutto.

(1) A questa conclusione non si oppongono menomamente il fr. 12 § 1 XLII, 5 [PAOLO, libro LIX ad Edict.] e il fr. 2 pr. XLII, 7 [ULPIANO libro LXV ad Edict.]

Ulpiano nel fr. 1 è sufficiente a ricostruire l'andamento della procedura.

Chi impetrava la separatio doveva anzitutto provare il suo diritto creditorio e i pericoli che correva per essere soddisfatto, sia in tutto che in parte.

> « Debitorem quis Seium habuit, hic decessit, heres ei extitit Titius, hic non est soluendo, patitur bonorum uenditionem: creditores Sei dicunt bona Sei sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii... Fieri enim potest ut Seius quidem soluendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, uel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtistque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est soluendo, aut minus consequantur quia plures sunt ».

Il pretore o il preside ascoltava questa dimostrazione e accordava o meno la separatio secondo che trovava sussistere gli estremi voluti della domanda e il serio pericolo dei creditori: l' insolvenza sia attuale dell'erede — nei cui beni era stata ordinata la 'missio', o si era nominato un curator che procedesse alla distractio, quando questa procedura divenne l'ordinaria — sia potenziale, in quanto, come dice Ulpiano, 'admissis commixtistque creditoribus heredis', quest'ultimo non avrebbe potuto soddisfare integralmente gli altri del defunto.

Che una tale attenta 'causae cognitio' si richiedesse lo si desume anzitutto dalla parola 'impetrare' adoperata da Ulpiano, che invece avrebbe detto 'postulare', e dalla emanazione di un *formale decreto* — che altrimenti non si sarebbe avuto.

Del resto, nelle fonti se ne ha esplicita menzione. L' imperatore Gordiano nella constituzione 2 [VIII, 72] lo dice nettamente:

> « ... ut quotiens separationem bonorum postulant *causa cognita* impetrarent ».

26. Quale fosse la natura del diritto che nasceva dal decreto del pretore accordante l'impetrata separatio è facile desumerlo dopo quanto ho fin qui detto.

Tale 'remedium indemnitatis' costituiva un diritto di preferenza goduto dai creditori del defunto e dai legatarî in confronto ai creditori proprî dell'erede: un diritto a soddisfarsi sui beni del testatore prima di qualunque altro, '*ut* **separatim**, — dice Ulpiano, — *quantum cuiusque creditoribus praestetur*'.

Infatti sul patrimonio del defunto acquistato pel fatto stesso della successione e dell'aditio all'erede, e incorporato al proprio, venivasi ad estendere la garanzia — e quindi il diritto al soddisfacimento — dei suoi creditori, limitata prima a quest'ultimo. E in ciò consisteva appunto il danno risentito dai creditori ereditarî, che avrebbero conseguito meno per la presenza di quelli proprî dell'erede, o insolvibile di fatto al momento della adita successione, o che lo sarebbe divenuto se, sommando i proprî agli aventi causa dal testatore, il complesso suo patrimonio non sarebbe stato più sufficiente all'integrale soddisfazione degli uni o degli altri. E dal momento che tale concorso non poteva impedirsi, derivando immediatamente e necessariamente dall'aditio hereditatis, il pretore accordava un remedium atto a paralizzarne gli effetti disastrosi, conservando ai creditori del defunto la primitiva loro garanzia.

L'essenza quindi della separatio è lo stabilire un diritto di priorità tra due categorie di creditori, e che si esplica principalmente ed unicamente sul patrimonio del defunto, sui singoli diritti patrimoniali cioè, che lo componevano, su cui avrebbero diritto a concorrere confusamente e i creditori dell'erede e quelli del testatore, coll'impedire appunto tale concorso con pari diritti nel soddisfacimento delle rispettive ragioni: 'ut *separatim* quantumcumque creditoribus praestetur'.

Ora tale priorità costituisce nè più nè meno che un vero e proprio 'priuilegium exigendi'.

Tale carattere spicca nettissimo in ispecie dai §§ 7, 8, 9 del fr. 1 di Ulpiano, nei quali sono più categorie di creditori a cui spetta partitamente il commodum separationis, e nei quali si stabilisce la poziorità della preferenza degli uni rispetto agli altri.

Nel § 7 i creditori che possono impetrare la separatio 'aduersus creditores heredis' — in questo caso il sostituito pupillarmente — sono più: quelli del padre e quelli del pupillo, e tra essi diritto poziore spetta ai primi in confronto ai secondi.

Nel § 8 si hanno più categorie di creditori di persone diverse succedutesi l'una all'altra, e si riconosce in tutti il diritto alla separatio, determinando la portata di esso di fronte ai creditori dei varî eredi, o, in altri termini, stabilendo una gerarchia tra i varî diritti di preferenza da quello risultanti.

Nel § 9 si decide egualmente una questione di poziorità tra più creditori, castrensi e non castrensi, di un figlio di famiglia di cui si vendono i 'bona'.

Ma dove quest'entità di privilegio assume una forma concreta, potendosi colpire senza dubbio di sorta, è nel § 3:

> « Sciendum est autem etiamsi obligata res esse proponatur ab erede pignoris vel hypothecae, attamen, si hereditaria fuit, iure separationis hypothecario creditori *potiorem* esse eum qui separationem impetrauit ».

Che si vuol di più per convincersi che di un vero e proprio 'priuilegium exigendi' trattavasi, avendone tutti i caratteri essenziali? Nè si obbietti che nelle fonti vi sono dei casi cui tale costruzione non può adattarsi. I §§ 6 e 18 del fr. 1 e il § 1 del fr. 6 parlano è vero di separatio, ma in tali fattispecie la figura dell'istituto in esame non ha che una somiglianza pura-

mente *formale* con la 'separatio' direi quasi tipica. È un *pervertimento di funzione* e nient' altro, per adoperare una frase tolta in prestito alla fisiologia, e che mi sembra incarni bene l' idea. L' equità pretoria in quei casi non vedeva come paralizzare certe inique conseguenze e si serviva, pervertendone la funzione, di un istituto che *indirettamente* poteva giovare allo scopo. Del resto l' intestazione del titolo 'de separationibus' dimostra come sotto una sola rubrica furono raggruppate più figure diverse di un istituto il cui legame era puramente esteriore e formale.

E un ultimo argomento qui adduco, per quanto esso abbia un valore limitato per le conseguenze che se ne possono trarre. L' intestazione dell' intero titolo 'de separationibus' nell' Alexandrina e nella Vulgata è precisamente quello di 'de *priuilegiis creditorum*'.

Di fronte alla classificazione generale fattane da Modestino nel libro VII differentiarun [fr. 196, L, 17] non è dubbio che il nostro appartenga ai 'priuilegia causae', e più specialmente debba collocarsi tra i 'priuilegia inter personales actiones'.

27. Prima di passare alla critica delle opinioni sulla costruzione dogmatica del commodum separationis e sugli effetti che esso produceva, occorre dir qualche cosa sul modo con cui si esplicava praticamente nei varî periodi della procedura di esecuzione. I creditori, se l' erede si trovava *attualmente* insolvibile essendo già in corso la procedura della 'uenditio', al tempo in cui essa vigeva — cioè fino a Diocleziano — si presentavano al 'curator bonorum', e in base al decreto del pretore gli facevano compilare un inventario a parte dei beni del defunto, sui quali si doveva esplicare il loro diritto di preferenza nel soddisfacimento, e nella 'lex uenditionis', che il 'magister' avrebbe esposto, figurava il loro 'priuilegium exigendi'.

Quando poi la procedura esecutiva della distractio bonorum prese definitivamente il sopravvento, 'exispiratis ordinarii judiciis', come dice Giustiniano nelle sue Istituzioni [III, 12], i creditori esperivano il loro diritto presso il curator bonorum, il quale — vendendo mano a mano gli oggetti ereditarî — li pagava col prezzo ricavatone, secondo l'ordine stabilito, *a preferenza* dei creditori proprî dell'erede.

Se l'erede non era attualmente insolvibile, ma *potenzialmente* — in quanto 'admissis commixtisque creditoribus heredis, creditores Sei [sc. testatoris] minus sint consecuturi quia ille non est soluendo, aut minus consequantur quia plures sint' [p. 1 § 1] — i creditori del defunto colla domanda della 'separatio' ottenevano la 'missio in bona' di tutto il complesso patrimonio dell'erede, missio che giovava anche ai creditori di questo ultimo; però dal curator bonorum facevano compilare un inventario a parte dei beni ereditarî, per determinare la sfera obiettiva entro cui si esercitava il loro diritto di preferenza nel soddisfacimento.

28. Questa costruzione della figura dogmatica della separatio e del suo pratico funzionamento in Roma non è certo conforme a quanto in proposito gli scrittori della materia hanno sostenuto. Cito per tutti l'Oertmann, il solo che abbia scritto una monografia sull'argomento, purtroppo negletto nella letteratura romanistica.

Per il chiaro professore di Berlino la separatio in Roma esplicava la sua efficacia rescindendo l'aditio hereditatis e la conseguente confusione dei due patrimonî [1]. Per lui le fonti parlano chiaro: 'quasi duo-

---

[1] 'Princip der Separation war nach römischem Recht, dass durch die Geltendmachung des beneficium die durch den Erbschaftsantritt erfolgte Vereinigung der Vermögenskreise des Erblassers und des Erben wieder aufgehoben wurde'. L. c., pag. 285.

rum fit bonorum uenditio' [fr. 1 § 1], cioè di due persone. Succede un perfetto distacco dei due bona che divengono due unità distinte 'quasi adita hereditas non esset' [fr. 1 § 6], (1) e non una separazione dei singoli obbietti. La conseguenza della separatio sarebbe stata, secondo apparirebbe evidente e certo dalle fonti (2), una 'missio in possessionem creditorum' e la nomina interinale di un 'curator'. Oertmann cita in appoggio due frammenti di Paolo, libro LVII ad Edictum: fr. 6 § 2, XLII, 4, e fr. 1, XLII, 2 (3). Se il curatore poteva pagare a mano a mano i creditori colla vendita delle 'res hereditariae' non si procedeva alla 'bonorum uenditio', la quale avveniva solo nel caso coutrario, previa 'instrumentorum ἀναγραφή' (4).

Tale costruzione della 'separatio' e del suo pratico funzionamento fu di recente criticata dallo Jaeger, ma di passaggio, solo per dimostrare come sia inaccettabile 'die moderne Auffassung von der konkursrechtlichen Bedeutung dieses Instituts' (5).

Per il dottor Jaeger la facultas separandi in Roma si esplicava sui singoli oggetti dell'eredità, intesa questa quale somma dei singoli diritti esistenti e separabili e non già sopra un 'hereditas concepita quale unità di tutti i diritti e i debiti lasciati dal defunto' (6). I sepa-

---

(1) 'Folge ist dann, dass es so angesehen wird *ac si hereditas adita non esset,* es tritt also eine vollständige Trennung beider Massen ein, nicht etwa nur die Absonderung einzelner Stücke'. L. c., pag. 285.

(2) 'Es dürfte die *missio in possessionem* in Rom allerdings die regelmässige Folge der impetrirten Separation gewesen sein — dies scheint aus den Quellen unleugbar hervorzugehen'. L. c., p. 289.

(3) L. c., pag. 290.

(4) Tale costruzione dell'OERTMANN è stata di recente accolta dal KRETSCHMAR, op. cit., pag. 196 e segg.

(5) JAEGER E. Die Voraussetzungen eines Nachlasskonkurses [Monaco 1893] pag. 28 e segg.

(6) «..... Von einem Berechtigem erwirkte Gütertrennung, auf die sämtlichen noch vorhandenen und trennbaren Erbschaftsrechte erstreckt,

ratisti si difendevano dal concorso dei creditori dell'erede separando i singoli oggetti appartenenti al defunto e riservandoli per il loro soddisfacimento. Si giungeva così ad una 'uenditio bonorum *quasi* di due persone' [1].

Gli argomenti dello Jaeger in sostegno del suo assunto si riducono in sostanza a due: che la separatio giovava solo a chi la chiedeva, secondo apparirebbe dal § 16 di Ulpiano, e che 'rata habehantur' tutte le modificazioni che dall' erede 'bona fide medio tempore', si erano apportati al patrimonio adito del defunto.

Oertmann rispose a questa critica difendendo la sua antica costruzione col riesporre sinteticamente gli argomenti già esposti nella sua monografia [2]. Ma anche questa seconda volta non tentò neppure di studiare il funzionamento pratico della separatio nei vari periodi della procedura romana, e vedere se mai in quella postclassica é giustinianea della distractio bonorum il concetto dello Jaeger potesse applicarsi. Rinnovò così quella confusione altrove notata.

Io non dirò ciononostante che accedo alla costruzione dello Jaeger, nè posso certo accogliere la sua idea che la facultas separandi si esplicava *staccando* i singoli oggetti del patrimonio ereditario da quello proprio dell' erede. Per me un simile distacco non avveniva.

Però la costruzione dell' egregio dottore non è del tutto inutile, ed ha un lato accettabile: il negare che il patrimonio adito possa separarsi come un' unità, un' 'universitas iuris'. Idea che utilizzerò a suo luogo nella critica della concezione oertmanniana della separatio.

---

aber eben eine Summe einzelner Rechte. Es wird nicht eine hereditas als vorgestellte Einheit aller nachgelassenen Rechte und Schulden abgesondert ». L. c., pagg. 29-30.

(1) L. c., pag. 31.

(2) Separation und Absonderung nei *Jherings Jahrbücher* cit. volume XXII, N. F. [1895], pagg. 82-100.

La quale non ha certamente ed in primo luogo il pregio di poggiare su dati di fatto, sulle fonti cioè. Poichè i testi sono concordi nell' escludere qualunque divisione o distacco dei due patrimonî: '*quasi* hereditas adita non esset', e il conseguente *quasi* 'duorum fieri bonorum uenditionem'. Infatti è anzitutto inesatta l' interpretazione che Oertmann dà a queste ultime parole di Ulpiano, intendendo con esse la uenditio dei beni di quasi due persone, e non già, come il Brinz, uenditio di quasi due patrimonî ([1]). Come pure è fuor di posto l' invocare il 'klar Stil' di Ulpiano che, secondo l' Oertmann, escluderebbe l' altra interpretazione come più oscura e inadattabile al 'fieri' ([2]). Chi legge attento e senza preoccupazioni il § 1 trova *contrapposti* due 'bona': quelli del defunto solvibile e quelli dell' erede 'qui non est soluendo':

> « ... creditores Sei dicunt *bona Sei* [sc. defuncti] *sufficere sibi*, creditores Titii *contentos esse debere bona Titii* [sc. heredis] et sic quasi *duorum* fieri *bonorum* uenditionem ».

Ma a prescindere da ciò, che pur è importante, tanto il 'quasi' di Ulpiano, quanto l'altro di Paolo ([3]) escludono senz' altro una *doppia* bonorum uenditio. Nè più nè meno come il 'quasi hereditarii' del fr. 7 di Marciano esclude che 'qui judicium dictauerunt heredi' siano dei creditori del defunto. Questo celebre empiastro, come genialmente lo chiama il Riccobono, delle costruzioni giuridiche romane, esclude infatti — e perentoriamente — che una divisione materiale dei due 'bona' e una separata loro vendita si avesse. Poichè è inconcepibile che Ulpiano e Paolo l' avessero adope-

---

([1]) Brinz, op. cit., § 298, pag. 207, n. 7.

([2]) Oertmann, l. c. nei *Jherings Jahrbücher*, pag. 91, e nella *Zeitschrift für das privat.* ecc., pag. 286.

([3]) 'Quasi defuncti bona uendiderunt' fr. 5.

rato se realmente quella si aveva. Sarebbe stato il non plus ultra della illogicità!

Se si nota poi come presso i giureconsulti romani il ' quasi ' sostituiva sempre il ' tamquam ', specie in Ulpiano ([1]), si può abbastanza sicuramente respingere l' idea oertmanniana della materiale separatio dei due bona ' atque hereditas adita non esset '.

L' appoggiarsi d' altra parte a queste parole del fr. 1 § 6 e alle ultime righe di questo paragrafo è un edificare sull' arena. Esse si riferiscono ad un caso specialissimo di ' restitutio in integrum ' contemplato da un rescritto che l' imperatore Antonino Pio diresse a certa Albina ([2]), per cui ' perinde testatoris bona uenirent atque hereditas adita non esset ', rimettendo nella pristina condizione l' heres ' qui compulsus fuerit adire et restituere hereditatem ' trattandolo come se non fosse stato costretto a adire.

Nè che la separatio si esplicava praticamente con una reale divisione dei due ' bona ' lo dimostrano le ultime righe di questo § 6. Basta leggerle per convincersene:

> « Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desiderauit, ut *quasi* separatio *quaedam* praestetur ».

Il ' quasi quaedam ' è decisivo per conchiudere che non si trattava punto di separatio. Qualunque argomentazione in proposito dell' Oertmann quindi, non potrà mai provarlo, specie se si pon mente che — come nel § 5 — le ultime righe del § 6 sono senza dubbio interpolate.

Ma se le fonti non prestano alcun appoggio alla costruzione oertmanniana della figura della separatio,

---

(1) Kalb, Roms Iuristen nach ihrer Sprache dargestellt, pag. 14 e segg.

(2) Ulpianus, fr. 11 § 2 XXXVI, 1.

dalle quali riceve anzi i maggiori e decisivi colpi, un altro ordine di motivi, desunto dal sistema procedurale romano, sta a provarne la sua inammissibilità.

Anche ad ammettere l' annullamento della confusione ereditaria e la ricostituzione in entità distinta del patrimonio del defunto con la missio in possessionem e la nomina di un curatore, dovrebbe conseguirne come logica ed ineluttabile conseguenza, dato il concetto romano in proposito, che la missio chiesta da un solo creditore giovasse indistintamente a tutti. Le fonti sono concordi nello stabilire tale principio. 'Alia est causa — scrive Ulpiano nel libro LII ad Edictum [fr. 5 § 2 XXXVI, 4] — quum creditores rei seruandae causae mittuntur in possessionem; nam is qui possidet, non sibi sed omnibus possidet' ([1]).

Nè il fr. 1 § 16 si trova in contraddizione con questi passi, in quanto che è, io credo, inesatta la interpretazione che ne vuol dare l' Oertmann. Poichè Ulpiano non dice che la separatio giova solo a chi l' ha chiesta, ma che giova solo a quei creditori che non hanno novato il loro credito verso il defunto con l' erede ([2]).

Un altro ostacolo serio e direi quasi perentorio ad ammettere il concetto combattuto della separatio sta in ciò che le fonti parlano del caso in cui, dopo il soddisfacimento dei creditori ereditarii, 'quidquid de bonis [sc. defuncti] seruari potuit' — sul quale avanzo avevano diritto, pagati i legatarî, i 'proprii heredis creditores'.

Ora col procedimento romano della 'bonorum uenditio' nel diritto classico tale avanzo che ritorna al debitore è assai strano. Il 'bonorum emptor' infatti, acquistava in blocco — per uniuersitatem — il patri-

---

([1]) Si confronti PAOLO, libro LIX ad Edict. fr. 12 pr. XLII, 5 e GIULIANO, libro XLVII Digestorum, fr. 5, XLII, 7.

([2]) Si cfr. in proposito avanti il n. 31 dove si esamina questo § 16.

monio del defunto, e si obbligava a pagare i creditori con quella quota da lui offerta nell' atto di acquisto dell' eredità. Come e per qual via quindi poteva sopravanzare 'quidquid ex bonis testatoris' e ritornare in proprietà dell' erede per soddisfare i 'proprii creditores'? (1)

Colla procedura poi della 'distractio bonorum' nel diritto post-classico, da Diocleziano in poi, e giustinianeo è sparita la 'bonorum uenditio' come alienazione in blocco del patrimonio del debitore, con cui solo è *logicamente* compatibile pensare un distacco del patrimonio del defunto da quello dell' erede, che diventa esso il diretto debitore. Nella nuova procedura si ha un curatore — il curator bonorum — il quale procede alla vendita dei *singoli* beni, col prezzo dei quali paga proporzionalmente i creditori, osservando gli eventuali privilegi.

Da quest' altro punto di vista quindi, il concetto dell' Oertmann è pure insostenibile.

A me sembra dunque, che da ogni parte ci si volga la costruzione dell' istituto del commodum separationis, che si esplicherebbe senz' altro col distaccare coll' hereditas dal patrimonio dell' erede, facendola rivivere quale entità

---

(1) Le fonti non ci danno che *due soli casi* in cui era possibile che l' emptor bonorum fosse costretto a restituire il sopRappiù, che eventualmente poteva ricavare dall' eredità acquistata, pagati i debiti. I due casi si riferiscono entrambi all' ipotesi di un *pupillo* il quale non vuol 'retinere hereditatem parentis' o 'abstinetur paterna hereditate'. I fr.ti sono uno di PAOLO libro LVIII ad Edictum, [fr- 6, XLII, 5 pr.] e l' altro di SCAEVOLA libro singulari quaestionum publice tractatarum [fr. 81, XXXVI, 1]. Le due fattispecie sono troppo particolari perchè possano generalizzarsi applicando il principio anche al caso della 'separatio', come fa, unico fra gli scrittori, l' UBBELOHDE, Erbrechtliche Competenzfragen. IV. Competenz für die Anordnung der separatio bonorum, in *Arehiv für die civilistische Praxis,* vol. 61, pag. 63 e n. 1. Si tratta in quei due fr.ti dell' interesse di un *pupillo*, e il pretore *eccezionalmente* provvedeva nel modo in essi detto. Se tale sistema si fosse applicato anche alla separatio, sempre, s' intende, fino a Diocleziano, le fonti non lo avrebbero taciuto di sicuro, data la sua eccezionalità.

a se, distinta ed autonoma, e riserbandola anzi come tale ad esclusivo soddisfacimento dei creditori del defunto, urta in una serie di difficoltà insuperabili, e perciò stesso non può corrispondere alla realtà delle cose.

Viceversa solo il mio concetto, che dà al commodum in esame la figura dogmatica di un ‘ priuilegium exigendi ’ resiste vittorioso, attagliandosi stupendamente alle notizie tutte che le fonti ci conservano. Ed è appunto questo l’unico e vero indizio della sua esattezza.

L’errore che sta a base di tutta quanta la costruzione combattuta consiste in primo luogo nel non aver presupposta *sine qua non* l’insolvibilità dell’erede per esperire il commodum separationis, poi nell’aver preso l’espressione delle fonti ‘ separatio ’ esclusivamente in un senso obbiettivo e materiale, credendo che diversamente sarebbe stato impossibile costruire la figura dogmatica del nostro istituto, e concependo quindi il patrimonio ereditario come una ‘ uniuersitas iuris ’, reso eventualmente tale dell’esperita facultas separandi dei creditori del defunto.

Uno studio attento delle fonti dimostra infatti che in esse il termine ‘ separatio ’ deve intendersi, per *quanto si riferisce al nostro istituto*, *subbiettivamente*, in riguardo cioè ai creditori ereditarî, che intendevano essere disgiunti e separati da quelli proprî dell’erede nel soddisfacimento sui beni del defunto sui quali *insieme* concorrevano: ‘ ut *separatim* — scrive Ulpiano nel § 1 — quantumcumque creditoribus praestetur ’. Nell’intero titolo ‘ de separationibus ’ del Digesto, dove si discorre dell’istituto oggetto di questa monografia, Ulpiano, Papiniano e Marciano non adoperano mai la frase separatio bonorum, ma solo ‘ separatio ’; solo in Paolo fr. 5 pr. e in Giuliano fr. 6 pr. s’incontra ‘ separatio bonorum ’. Nelle fonti poi tale frase si ritrova qualche volta, come ad es. nel fr. 12 XXVIII, 6, di Papiniano, libro III, quaestionum. In questo frammento però la parola ‘ bo-

norum ' sembra un glossema (1), come pure tale la stimerei in quello di Paolo. Ed io credo di poter affermare, sicuro di colpir nel segno, che, come nel fr. 6 di Giuliano, così nei rari altri in cui si presenta la frase di ' separatio bonorum ' essa non sta ad indicare il nostro istituto tipico, ma, come dissi altrove a pag. 67, uno sdoppiamento di figura del tipico commodum separationis.

Del resto nelle fonti si rinviene, io credo, la prova diretta di quanto affermo. Nel § 7 Ulpiano concede la separatio ai creditori del padre *contro i creditori* del sostituito pupillare. Non solo, ma aggiunge: ' hoc amplius puto, etiam impuberis creditores posse separationem aduersus creditores heredis eius impetrare '.

Nel § 8 si accorda la separatio ai creditori di più eredi successivi, separando nel concorso categoria da categoria:

> ' in summa Primi quidem creditores *aduersus omnes impetrare possunt separationem*, Secundi creditores aduersus Primi non possunt, aduersus Tertii possunt '.

Ma dove spicca nettissima la mia idea è nel § 9:

> « Si filiifamilias bona ueneant, qui castrense peculium habet, *an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque videamus.* Simul ergo admittentur dummodo *si qui* cum eo contraxerunt antequam militaret *fortasse debeant separari* ».

E d' altra parte una prova che corrobori il mio assunto la si rinviene in ciò: che la separatio viene accordata anche quando sarebbe materialmente impossibile: quando cioè mancano i due patrimonî da separare e viceversa vi sono le due o più categorie di creditori da dividere l' una dall' altra nel soddisfacimento.

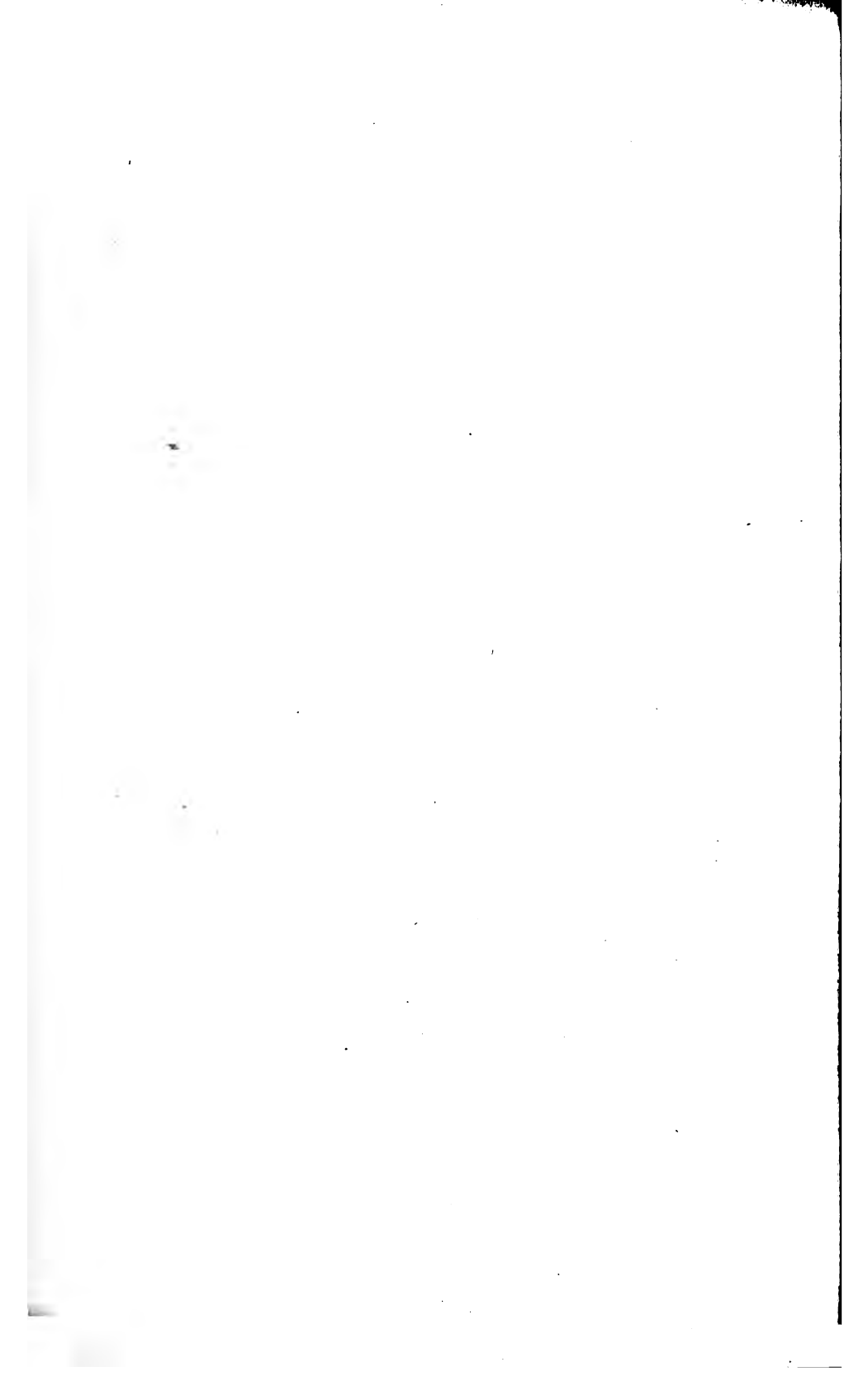
---

(1) Infatti nell' edizione KRIEGEL la parola ' bonorum ' è posta tra due asterischi: fra parentesi nella edizione di Amsterdam del 1614.

Siccome però tale separatio tra due categorie di creditori non poteva altrimenti aversi se non indicando a mezzo d'inventario su quali beni gli uni avessero ad esser soddisfatti separatamente dagli altri — a preferenza cioè — in quanto si vietava il concorso di tutti con pari diritto sul patrimonio del defunto — così potè sorgere l'inesatto concetto dogmatico di una separatio in senso materiale dei due 'bona' e di una doppia bonorum uenditio.

Concetto che presuppone quell'altro, a mio parere pure inesatto, del patrimonio ereditario considerato come 'uniuersitas iuris'. Poichè credo abbia ragione il Brinz il quale negò, e recisamente, il carattere di uniuersitas all'eredità, partendo dal giusto riflesso che se il patrimonio di una persona vivente non forma una unità giuridica, non può diventar tale dopo la morte del titolare, nè passare negli eredi di costui in condizione diversa da cui egli l'aveva [1].

---

[1] BRINZ, Pandekten, vol. III [1886] § 357, pag. 1 e segg. Si veda però la traduzione italiana delle Pandette del WINDSCHEID, vol. I, parte 2.ª, pag. 488 e segg., dove l'annotatore prof. FADDA discute brevemente tale concetto del BRINZ, respingendolo.

CAPITOLO V

Effetti del commodum separationis

29. Effetti di fronte all' erede. — 30. Trasformazione del concetto del commodum separationis nel diritto giustinianeo. Interpolazione del fr. 1 § 17, e modo d' intendere la contraddizione dei fr.ti 1 § 17, 3 § 2, 5. — 31. Effetti di fronte ai creditori che hanno novato coll' erede il loro credito col defunto. Interpetrazione del fr. 1 § 16. — 32. Di fronte ai legatarî e fra di essi. — 33. Di fronte al fisco.

29. Determinare gli effetti del commodum separationis è il punto più saliente di questa monografia, poichè l'attribuire a quello un' efficacia maggiore o minore altera profondamente il concetto che di questo istituto deve aversi, tanto più che esso — si noti — non rimase sempre uguale nel diritto classico e nel giustinianeo per ciò che riguardava la sua portata e le sue conseguenze.

Accennai in breve fin dalle prime pagine come il commodum separationis ripetesse il suo fondamento nel concetto 'aequissimum', come lo dice Ulpiano, di limitare le eventuali disastrose conseguenze della successione ereditaria, in quanto era diretta ad annullarne i dannosi effetti di fronte ai creditori del defunto. Tale scopo, che si ricava netto dallo studio delle fonti fin qui esaminate, e non può menomamente revocarsi in dubbio, deve esser tenuto

sempre presente nel fissare gli effetti della separatio, sotto pena di errore ad ogni piè sospinto.

Per l' erede quindi, il commodum separationis non venne escogitato dall'equità pretoria, ma per i creditori del defunto, i quali, per il fatto stesso della morte del loro autore, venivano a vedersi menomate, in parte o in tutto, le garanzie dei crediti esistenti verso quest' ultimo. Lo dimostra, quand'anche delle fonti non volesse tenersi conto, il considerare che giammaï all' erede esso venne concesso, poichè nel solo specialissimo caso del fr. 1 § 17, non si rinviene la figura giuridica della separatio, ma piuttosto del commodum abstinendi — nè ai creditori personali dell' erede, se non nello stesso specialissimo caso in cui Ulpiano medesimo espressamente dice trattarsi di una *quasi quaedam separatio.*

Posto ciò, essa non implicava annullamento del principio generale della illimitata responsabilità dell' erede, con tutte le conseguenze necessarie ed immediate che ne scaturivano, nè di una parte di esso: era diretta esclusivamente a paralizzarne alcuni effetti dannosi per una categoria di persone — i creditori personali del defunto — effetti a cui l' erede rimaneva, in questa sua qualità, formalmente estraneo.

Agli occhi quindi dei separatisti l' erede era sempre tale. Succeduto al posto del suo autore per ineluttabile fatto naturale e giuridico, che essi erano obbligati a riconoscere senz' altro, si premunivano dalle dannose conseguenze immediate, necessarie, di tale successione, impedendo che coloro, dal cui esclusivo atto positivo derivavano, potessero in qualche guisa menomare, attenuandone la sicurezza, i loro diritti di credito preesistenti.

E queste persone non erano certo l' erede o gli eredi, come tali, che nulla avevano fatto, nè positivamente, nè negativamente — si pensi all' heres suus et necessarius — per nuocer loro, ma i creditori personali di questi eredi, che minacciavano con il loro concorso

il possibile soddisfacimento dei crediti verso il defunto. Non poteva quindi rivolgersi contro quelli l'azione riparatrice della separatio. L'erede rimaneva perciò formalmente estraneo ad essa, risentendone soltanto in modo indiretto le conseguenze, che si esplicavano limitando la sua libera disponibilità del patrimonio, acquistato in forza del titolo di erede.

Date queste premesse, fondate sull'esame spregiudicato delle fonti, è facile inferirne le conclusioni.

Restato intatto il principio della illimitata responsabilità per i debiti ereditarî, i creditori separatisti, i quali erano rimasti insoddisfatti, conservavano il diritto di rivolgersi all'erede, che tale responsabilità sconfinata non aveva pensato a restringere con i vari mezzi posti a sua disposizione, per ottenere sui beni da lui eventualmente acquistati in processo di tempo, dopo i creditori personali di quello, il pieno soddisfacimento.

A questa conclusione la quasi unanimità degli scrittori di diritto romano si oppone, poggiandosi sulle notizie che in proposito ci dànno in modo esplicito, e nello stesso tempo diametralmente contrarie, le fonti, o meglio quei due o tre frammenti che la questione trattano e risolvono. Poichè dal loro complesso e dal loro studio, fatto in relazione alla storia del diritto romano e coll'aiuto dei mezzi potentissimi che l'esegesi sana ed accurata dispone, la conclusione pel diritto classico non può essere che quella. Nel diritto giustinianeo invece è l'altra del tutto differente. Ma già il concetto della separatio era venuto mutandosi, cangiando l'istituto fisonomia e funzione.

Le ragioni su cui si fondano gli autori che sostengono non esser lecito al creditore personale del defunto rivolgersi sui beni dall'erede acquistati in processo di tempo dopo aver chiesta la separatio, nel caso che resti insodisfatta, possono riassumersi in una sola: il concepire il commodum separationis diretto a disconoscere l'erede

per proprio debitore e a contentarsi invece del patrimonio del defunto quale immediato debitore [1].

Tale loro concetto si poggia anzitutto, siccome io credo, sulla falsa interpretazione delle espressioni adoperate nelle fonti ‘ heredem sequi — heredis personam sequi ’, il cui vero significato già esposi [2], e su due frammenti, uno di Ulpiano e l' altro di Paolo.

Scrive il giurista di Tiro, fr. 1 § 17, h. t.:

> « Item sciendum est uulgo piacere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores uero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod qui impetrauit separationem sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent ut etiam bona heredis substituantur non sunt audiendi, separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separauit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti impetrare ueniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ».

---

(1) HOFMANN, l. c., pag. 574: « Wer separatio bonorum nachsuchte, erkläre offen sein Misstrauen gegen den Erben — der directe Gegensatz zum Creditiren! Er erkläre, den Erben nicht zu seinem Schuldner haben zu wollen, sondern sich an den Nachlass seines Schuldners zu halten ». Identicamente l' OERTMANN, che riporta appunto queste parole dell' HOFMANN, nella *Zeitschrift* del GRUENHUT cit. pag. 318 — BRINZ, op. cit. vol. III, § 398, pag. 208: « Der Antrag auf Separation enthält einen Verzicht auf die Person des Erben und dessen Vermögen ». WENDT, Pandekten, pag. 853. DERNBURG, Pandekten § 70, pag. 342, nr. 5: « Aber nachdem die Erbschaftsgläubiger den Erben als ihren Schuldner zurückgewiesen haben und ihm den Nachlass entzogen, fordert es die Konsequenz, dass auch dieser von ihnen los ist ». Cfr. il vol. III, § 233, n. 8 del Lehrbuch des preuss. Privatrechts dello stesso autore.

(2) Vedi pag. 53 e segg.

Scrive Paolo, fr. 5, h. t.:

« Quodsi proprii ad solidum peruenerunt, id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant: mihi autem id non uidetur: quum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis, et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona uendiderunt, quae augmenta non possunt recipere ».

E poggiandosi su tali dichiarazioni da Donello ad Arndts a Dernburg a Serafini a Koeppen a Oertmann a Hofmann [1] si affermò che l' opinione sostenuta nella quaestio papinianea del fr. 3 § 2 [2], cui si decide in modo perfettamente opposto a quello di Ulpiano e Paolo rimase nel campo della teoria, trionfando l' altra nella pratica, mentre più arditamente e recisamente qualcuno — il Costa e il Ferrini [3] — ha invece scritto che l' intero § 3 si deve all' opera dei compilatori giustinianei innovanti in questo punto il diritto classico sancito nei frammenti citati di Paolo e Ulpiano.

Io non starò qui a ripetere le conciliazioni tentate di questi frammenti inconciliabili, la spiegazione della cui esistenza è da ricercarsi solo nella storia. Cosa intrav-

---

[1] DONELLUS, Opera omnia, [Lucae, 1764], vol. VI, pag. 168; ARUDTS, Pandekten, § 524 A. 3; DERNBURG, Pandekten, § 170; KOEPPEN, op. cit. nella bibliografia, vol. I, pag. 229, n. 7; SERAFINI F., Istituzioni di diritto romano, vol. II, pag. 329; OERTMANN, l. c. pag. 316 e segg.; HOFMANN, l. c. pag. 574.

[2] « Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetrauit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate seruari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. Quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis ».

[3] COSTA E., Papiniano, vol. III, pag. 192; FERRINI, rec. cit., l. c. a pag. 549. Il primo non porta nessun argomento in sostegno della sua affermazione. Il secondo l' autorità del COSTA, l' impossibilità che PAPINIANO abbia potuto adoperare l' espressione ' probari commodius est ' e ' l' indegna frase ut... aliquid ex bonis heredis ferat '. Ma non mi sembrano argomenti decisivi: sono troppo formali per esserlo.

vista dal Dernburg, che però non si fermò a studiarla come era necessario, contentandosi solo di affermare che si doveva a un cambiamento di giurisprudenza [1], e dal Brinz, il quale non esclude che la contraddizione sia dovuta a un lapsus memoriae dei compilatori e tenta spiegare i frammenti sostenendo che i tre giureconsulti intendono riferirsi a casi specialissimi, essendo in sostanza d'accordo [2].

Per me l'opinione riferita dagli scrittori citati è da respingersi per ciò che riguarda il diritto classico. Se essa trova appoggio apparente nel fr. 1 § 17, e nel fr. 5, è però contraddetta dal fr. 3 § 2 e, implicitamente, da tutto il complesso dell'istituto in esame.

La 'recessio a persona heredis' per il solo fatto dell'aver chiesto la separatio è infatti un assurdo logico e giuridico.

Assurdo logico, in quanto che la separatio presuppone essenzialmente, *sine qua non*, il riconoscimento di un erede, il quale, in virtù di questo suo titolo, diventa egli il debitore al posto del defunto e come tale, confondendosi il proprio patrimonio con l'altro del testatore, su di esso viene anche ad estendersi la garanzia spettante ai suoi creditori personali, prima solo a quello limitata. Ed è per impedire tale estensione di garanzia che s'invoca dai creditori ereditarii il commodum separationis, che non può quindi assolutamente scompagnarsi dal riconoscimento per debitore dell'erede.

È assurdo giuridico, poichè sarebbe impossibile il sostenere che il legatario, ad esempio, il quale chiese la separatio 'recessit a persona heredis' quando appunto dell'erede comincia il suo diritto di credito, contro di cui possono esperire l'actio legati che è un 'actio personalis ex testamento'.

---

(1) DERNBURG, op. cit. § 170, pag. 342, n. 11.
(2) BRINZ, op. cit. § 398, pag. 288, n. 15.

L' opinione poi che la separatio consista nel ' sequi bona defuncti ' in quanto non si vuole ' sequi nomen heredis ', e in una limitazione ad essi delle proprie ragioni da parte dei creditori ereditarii, a prescindere che non può appartenere al diritto classico, come appresso dimostrerò, poggia inoltre sul concetto che della stessa separatio, *materialmente* intesa, si son fatti la maggioranza per non dire l' unanimità degli scrittori — e che io ho già dimostrata inesatta nel capitolo precedente — e sulla fantastica concezione del patrimonio concepito come un tutto ideale, come un oggetto unico, e quel che più dal non avere opportunamente distinto il modo con cui in pratica la facultas separandi si esplicava a secondo le varie epoche. Il Ferrini nella citata recensione al mio scritto, sostenendo l' opinione che io combatto scrive che ' il significato processuale del non volere ' sequi nomen heredis ' in modo che il ' defuncti bona ueneant ', doveva essere appunto nel diritto classico grandissimo (sopratutto nello istituto della bonorum uenditio) e non era senza intima contraddizione che pei debiti del defunto si procedesse sui beni da lui lasciati in nome suo e poi pei debiti stessi si perseguisse l' erede ' (1).

Ora io nego risolutamente che la ' separatio ' importasse la vendita del patrimonio ereditario, i ' bona defuncti ', sotto il nome del testatore. Il Ferrini mi insegna benissimo che per aversi la ' uenditio bonorum ' dei morti si richiedeva la mancanza di erede, di ' bonorum possessores ', di legittimi successori. Gaio è troppo esplicito perchè possa dubitarsene:

> II § 78 « Bona autem ueneunt aut uiuorum aut mortuorum: uiuorum ueluti..... ecc. *Mortuorum* bona veneunt veluti eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere ».

(1) FERRINI, rec. cit., l. c., pag. 548.

E il commodum abstinendi introdotto dal pretore serviva appunto a questo scopo 'ut potius parentis bona ueneant', evitando all'erede l'ignominia della uenditio, che ricadeva così sul testatore. Ma quando un erede vi era, se non astenutosi, la uenditio facevasi in suo nome. Su ciò nessun dubbio.

Nè, d'altra parte, le fonti danno appiglio a credere che si vendevano i 'bona defuncti' sotto il suo nome. Paolo nel fr. 5 dice che « *quasi* defuncti bona uendiderut ». Ciò che escluderebbe senz'altro quanto afferma il Ferrini e l''intima contraddizione' rilevata dal chiaro romanista di Pavia, che pei debiti del defunto si procedesse sui beni da lui lasciati in nome suo e poi pei debiti stessi si perseguitasse l'erede.

Il fatto è che questi restava sempre obbligato, e che quindi, come a qualunque altro debitore, cui si fossero venduti i beni, poteva benissimo succedere quanto Gaio scrive nelle sue istituzioni [II 155], che cioè 'ceterorum hominum quorum bona uenierint pro portione, si quid postea adquirant etiam saepius eorum bona uenire solent', e che Modestino a un secolo di distanza ripete ancora: 'si debitoris bona uenierint, postulantibus creditoribus, permittitur sursus eiusdem creditoribus bona distrahi (1) donec suum consequantur, si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus Praetor moueri possit'.

Ora io non vedo come tale principio generale, valevole anche per la 'cessio bonorum' (2), potesse annullarsi nel caso di creditori che avessero chiesto la 'separatio', un 'remedium indemnitatis', un beneficio cioè, che rimovesse le dannose conseguenze dell'ius civile in riguardo alla successione ereditaria. 'Remedium' e

(1) MODESTINUS, libro II, Pandectarum fr. 7, XLII, 3. 'Distrahi' o piuttosto 'ueniri'? È da sospettarsi una interpolazione?

(2) GAIO, II, 78.

beneficio che viceversa con l' opinione combattuta si convertiva in pregiudizio, in quanto escogitato dall' equità pretoria per impedire che i creditori ereditarî vedessero diminuite le probabilità del soddisfacimento dei loro crediti verso il defunto, per la concorrenza di quelli dell' erede, diviene a un tratto — e contemporaneamente — un modo di limitare le loro pretese sull' eredità separata.

Ora tale limitazione non poteva avvenire in una epoca in cui il beneficium abstinendi era in tutto il suo vigore, e Modestino, il discepolo di Ulpiano, scriveva nel libro 8 dei suoi responsi che ' nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem ' [Dig. I, 3, fr. 6], e Teodosio sanciva solennemente nel 439 che ' quod favore quorundam constitutum est quibusdam casibus ad lesionem eorum nolumus inuentum uideri ' [Cod. I, 14, 6].

E d' altra parte il diritto classico non forniva un punto d' appoggio per venire a simile conclusione. Il concetto che l' obbligatio costituisse un vincolo tra il creditore e il debitore, in quanto questo dispone di un patrimonio, è molto più recente. Quella limitazione invece ai beni lasciati dal defunto, concepiti come uniuersitas, e conservati come unico debitore delle proprie ragioni da parte dei creditori ereditarii, presuppone, direi quasi, come conditio sine qua non, il concetto che ai bona hereditaria soltanto si fermasse la responsabilità dell' erede pei debiti del defunto.

E tale concetto non esisteva ai tempi di Paolo e Ulpiano, il quale ultimo nel libro 7 ad Sabinum [D. XXIX, 2 fr, 8 pr.] scriveva che ' *plus quam manifestum* est hereditas quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit soluendo '. Fu sancito per la prima volta da Giustiniano coll' introduzione del ' beneficium inuen-

tarii ' estendendo a tutti il privilegio accordato da Gordiano ai militari. L' ' in tantum teneri quantum ualere bona hereditaria contigit ' è l' anima della famosa costituzione del 551 dell' imperatore bizantino. Ed è appunto a questo concetto apparso ' humanus ', cui Giustiniano dedica le parole più amorevoli e la cura più intensa, che s' informa esattamente l' opinione fatta esprimere dai compilatori a Ulpiano. Poichè, chi ben l' osserva, la ' separatio ' così immaginata non è che un ' beneficium inuentarii ' alla rovescia.

E tale trasformazione si capisce agevolmente.

Un inventario delle ' singulae res hereditariae ' si faceva dal ' curator bonorum ' per indicare su quali beni estendevasi la *preferenza nel soddisfacimento* accordato ai creditori ereditarii di fronte a quelli proprî dell' erede: un inventario si faceva per indicare fin dove estendevasi la responsabilità dell' erede pei debiti del defunto. Per confondere in uno solo gli scopi differenti dei due inventarî non ci voleva che una leggerissima spinta e fu senz' altro data: il concetto di una restrizione 'intra uires hereditarias' — anima del nuovo beneficium giustinianeo — dell' anteriore illimitata responsabilità fu esteso anche alla separatio, e le *funzioni* dei due istituti di *struttura* così differente vennero fatte coincidere.

Con ciò io dichiaro senz' altro interpolato l' intero § 17 di Ulpiano che costituisce un argomento capitale su cui si fonda l' opinione qui combattuta.

Ed a prescinderne dal contenuto, che il § 17 appartenga ai compilatori lo conferma la dizione scorretta di chi scriveva in un' epoca in cui il classico sapore di una latinità pura ed elegante era già sparito.

Vi si incontra infatti al principio la frase pomposa di ' item sciendum est uulgo piacere ' che tende appunto a sostituire un' opinione ad un' altra, dando alla prima l' autorità non posseduta di un consentimento univer-

sale. Segue a breve distanza di poche righe un soggetto di numero singolare — qui impetrauit separationem — a cui nello stesso periodo se ne sostituisce immediatamente uno di numero plurale — 'illi maluerint bona potius defuncti sibi separari'. Si aggiunga infine il verbo 'separari' adoperato al passivo con un sibi, costruzione questa che non facilmente si incontra nelle fonti.

Un' altra prova della mano dei compilatori in questo paragrafo io trovo in quel caso di restitutio in integrum concessa a chi temerariamente chiese la separatio: in simile ipotesi poteva 'ueniam impetrare iustissima scilicet ignorantiae causa allegata'. Era questo un correttivo ad una disposizione che, introdotta da Triboniano e soci di lavoro, di punto in bianco veniva a cambiare il diritto preesistente, come lo dimostra tra l'altro la forma pomposa del dettato stesso di un sapore linguistico tutto bizantino. 'Impetrare ueniam': da chi? Non può essere che il magistrato, il quale concede di procedere sui beni dell'erede: ma il magistrato non fa grazia ad alcuno, tutt' al più restituisce in integrum. Si aggiunga a ciò il caratteristico abblativo assoluto 'causa allegata' e l' ancor più caratteristico aggettivo 'iustissima' che da sè solo basterebbe per avvalorare il sospetto dell' interpolazione (1).

In quanto all' opinione di Paolo io sarei disposto a considerarla come un' idea personale del giurista, che i compilatori raccolsero perchè confacente al loro scopo.

Con ciò io vengo a respingere l'opinione del Costa che, nel volume 2.° del suo Papiniano, pag. 192, spiega

(1) Caratteristica proprietà dello stile dei compilatori è, come dice l' Eisele, « nicht einfach Beweise, sondern manifestae, liquidae, apertissimae probationes, und dgl. » *Zeitschrift d. S. S.* vol. 7, pag. 28. Il FERRINI, rec. cit. l. c. pag. 548, n. 1, accede alla mia ipotesi della interpolazione per ciò che riguarda soltanto le ultime tre righe del § riferentisi alla 'restitutio in integrum'.

la contraddizione dei testi citati attribuendo l' intero § 2 del fr. 3 di Papiniano ai compilatori, i quali intesero estendere a qualsivoglia creditore, che non si trovasse in duplice rapporto obbligatorio attivo verso il defunto e verso l' erede, la decisione papinianea del pr. e del § 1, dove simile caso si esamina.

Secondo il chiaro professore dell' Ateneo bolognese la cosa sarebbe stata perfettamente l' opposto di quanto io ho dimostrato. Egli però, sembrami, non abbia sufficientemente dato peso e importanza al modo punto generale e reciso con cui Papiniano si esprime al § 2 — probari commodius est — forma che *giammai* avrebbero adoperato i compilatori, specie in presenza di quei testi di Ulpiano e Paolo, così decisi e recisi, che da essi vennero collocati nello stesso titolo, a distanza di poche righe l' uno dall' altro. Sarebbe questa poi un' interpolazione di cui non si concepirebbe lo scopo: poichè, espressa in tal maniera la generalizzazione di quel principio, il prof. Costa me lo concederà, i compilatori non potevano certo ottenere che il giudice si attenesse all' opinione loro, esposta in modo, per dir così, concessivo ' probari commodius est ', piuttosto che a quella decisa e recisa di Ulpiano e Paolo. A prescindere poi che nessuno elemento formale offre il § 2 per sospettarlo interpolato, e che tale mutamento dei compilatori sarebbe in contraddizione con tutto quanto lo spirito e la tendenza della nuova legislazione giustinianea in proposito, spirito e tendenza che si concretano in maniera mirabile nel beneficium inuentarii.

Del resto, a dichiarare interpolato questo § 2 osta lo stesso Paolo, il quale scrive che, in proposito — de subiecta materia — c' erano alcuni che la pensavano contro la sua opinione: 'quidam putant, sed mihi autem non uidetur '. L' esistenza di un' opinione contraria è attestata quindi formalmente: nelle fonti per l' appunto

essa si trova a poche righe di distanza: con qual coraggio la si può negare? (1).

Accettando invece la mia spiegazione ogni stridente antinomia scompare: l'opinione attribuita ad Ulpiano e Paolo è frutto della tendenza del tempo: il § 2 di Papiniano viene lasciato, perchè certo non avrebbe costituito un impaccio nella pratica, data la sua formulazione concessiva ' probari commodius est '.

A conchiudere questo paragrafo debbo dire che il Windscheid, il Wendt e l'Eck (2) sanciscono e confortano col peso della loro autorità la mia opinione. Con questa notevole differenza, che essi ammettono anche nel diritto giustinianeo il parere di Papiniano come quello particolarmente vigente: ciò che, date le fonti, non sembrami potersi sostenere. Tutto il resto degli scrittori poi sostiene invece il contrario anche per il diritto classico: ma a torto (3).

31. Il commodum separationis non giova se non a chi l'ha chiesto espressamente. Cosicchè se alcuni creditori ereditarî non si sono affrettati a farlo, essi non possono invocarne poi i benefici effetti.

È questo l'insegnamento comune di tutti gli scrittori (4) e si cita in proposito il § 16 del fr. 1 di Ulpiano.

---

(1) Valga quest' argomento, a mio modo di vedere perentorio, anche pel FERRINI, rec. cit., l. c. pag. 549.

(2) WINDSCHEID, Pandekten, § 607, Am. 10; WENDT, Pandekten, § 376; ECK, Vorlesungen über römischen Erbrecht, § 48.

(3) Curioso è un argomento estrinseco dell' OERTMANN, l. c. p. 318, il quale, nel discutere l'opinione papinianea, vorrebbe toglierle ogni valore pratico, pigliando tra l'altro in prestito l'idea fondamentale della famosa legge delle citazioni, poichè dice che infine ' nach römischen Grundtsätzen die Ansichten von Ulpian und Paulus zusammen mehr gelten '.

(4) BRINZ, Pand. § 398 n. 8; OERTMANN l. c. pag. 293; DERNBURG, Pand. § 170 n. 1; SERAFINI, *Istituzioni* II, § 200, pag. 50 della 7.a ed.

« Quesitum est si forte sint plures creditores quidam secuti sunt heredem, quidam non secuti, et hi qui secuti heredem non sunt impetrauerint separationem, an eos tecum admittent qui secuti sunt. Et putem nihil eis prodesse; hos enim cum creditoribus heredis numerandos ».

Ma che questo insegnamento sia del tutto inesatto e poggiato su una falsa interpetrazione del testo ulpianeo non è difficile provarlo.

Infatti il § 16 deve considerarsi in relazione ai §§ 10 e 15 che parlano dei creditori del defunto i quali hanno novato coll' erede il loro credito, in uno dei modi prescritti già esaminati, e quindi interpetrarsi che chi ha novato per ciò stesso ha estinto il suo credito ereditario, e non può più avvalersi della separatio, essendo da considerarsi come creditore personale dell' erede. Così e non altrimenti debbono intendersi le parole ' secuti sunt heredem '. Ogni altro significato di scelta dell'erede quale debitore è del tutto erroneo, poichê tale scelta i creditori ereditarî non avevano, nè potevano logicamente e giuridicamente avere.

Che tale sia la vera e giusta interpetrazione non pare possa dubitarsi. Infatti, se realmente col diritto classico la separatio importava rinunzia dell' erede quale debitore e limitazione delle proprie ragioni creditorie al solo patrimonio del defunto, Ulpiano non avrebbe avuto bisogno di scrivere il § 16, poichè era *impossibile* sorgesse il dubbio ' an hi qui heredem secuti non sunt ' ottenuta la separatio ' secum admittent qui heredem secuti sunt '.

Ma il dubbio sorgeva perchè le cose stavano appunto nel modo con cui io le ho ricostruite. Il § 16 di Ulpiano si riferisce direttamente e immediatamente al caso in cui un creditore ereditario domandava la separatio, vista la insolvibilità potenziale dell'erede, separatio che importava la ' missio in bona ', la quale, quantunque fatta

da uno solo giovava a tutti i creditori ereditarî [1]. Se tra questi però, ve ne erano alcuni che avevano novato il loro credito, e quindi ‘ personam heredi secuti sunt ’, erano ammessi a godere oltre che della missio anche del priuilegium exigendi che sorgeva dalla separatio? Ecco il dubbio. Ulpiano nel § 16 intende appunto eliminarlo.

Concludendo. La separatio per lo scopo cui era diretta non poteva modificare la condizione dei creditori ereditarî, diminuendo le garanzie di alcuni per il fatto di altri creditori pure ereditarii. Ciò sarebbe stato ingiusto e contrario a quell'intimo sentimento dell'aequum che i giureconsulti romani possedevano in sommo grado. Sarebbe stato inoltre un pervertire la funzione del commodum separationis.

Alla mia opinione sul modo d'intendere il § 16 sono conformi soltanto Schweppe e Doveri [2] tra gli scrittori moderni da me consultati in proposito.

32. La separatio chiesta dai legatarî dava loro la preferenza ad esser soddisfatti sui beni del defunto prima dei creditori proprî dell'erede, però ‘ dimissis creditoribus hereditariis ’, o per adoperare le precise parole di Giuliano, ‘ quum in creditoribus solidum acquisitum fuerit legatariis uel solidum uel portio quaeratur ’ [fr. 6 pr.]. S'intende che tale priorità si esercita anche rispetto a quei creditori del defunto che ‘ heredis personam secuti sunt ’, intese queste parole nel senso già indicato.

33. Il ‘ privilegium exigendi ’ di cui godono i ‘ municipes ’ o il fisco resta inferiore a quello che la

---

(1) Ci confronti il cap. IV, n.° 25, di questa monografia.

(2) SCHWEPPE, op. cit. nella bibliografia, § 149, pag. 273; DOVERI, *Istituzioni di diritto romano* vol. II [Firenze 1866] pag. 600, scrive: ‘ Giovava solamente a coloro che lo richiedevano [fr. 1 § 16], ma questi che lo conseguivano ottenevano sui beni creditorî, tanto quanto avrebbero ottenuto se tutti coloro, che avevano diritto d'impetrare siffatto benefizio, impetrato lo avessero ’.

separatio attribuisce ai creditori ereditarî. Lo dice Ulpiano nel fr. 1 § 4:

> « Sed etiam aduersus fiscum et municipes impetratur separatio ».

E ciò deve intendersi, io credo, in rapporto all' ' exatio poenae ' del fisco, secondo scrive Modestino nel fr. 17, XLIX, 14, libro 14 de poenis:

> « Sciendum est omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi ».

CONCLUSIONE

34. E dopo quanto fin qui detto, mi pare si possa venire ad una conclusione rigorosamente tratta dalle fonti e a dare una definizione del commodum separationis.

Esso è un remedium indemnitatis [1] concesso *causa cognita* dal magistrato munito d' imperium ai creditori del defunto e ai legatarî, perchè non venissero menomate le garanzie originarie, loro spettanti sul patrimonio del testatore, dal concorso dei creditori proprî dell' erede; remedium indemnitatis che si esplica con un priuilegium exigendi accordato a quelli in confronto di questi, e solo in riguardo ai bona hereditaria; e che lascia sussistere la responsabilità ultra uires dell' erede nel diritto classico e la sopprime nel diritto giustinianeo, all' infuori di casi eccezionalissimi.

Solo nel diritto giustinianeo può quindi in parte accettarsi quanto scrive l' Hofmann, che crede i due istituti — il beneficium inuentarii e la separatio — ' zwei Seiten eines und desselben Rechtsinstitutes, welches ein Product des Entnationalisirungs-Processes des römischen

---

(1) Non adopero la parola *beneficium* di cui *tutti* gli scrittori si servono, poichè nelle fonti non s' incontra *mai* la separatio indicata a questo modo. Gordiano la chiama, e giustamente, remedium indemnitatis.

Rechtes ist' poichè il dire che questo 'Process mit dem prätorischen Edicte begonnen hat' è, a mio parere, un confondere le due figure nette e distinte dell'istituto esaminato: il commodum separationis nel diritto classico e nel diritto giustinianeo [1] [2].

---

[1] A prescindere da qualunque altra osservazione l'invocare l''entnationalisirung' che HOFMANN fa è un fuor di posto. Gli elementi estranei cho dovevano produrre tale 'snazionalizzamento' del diritto romano dovrebbero logicamente ricercarsi nel diritto greco: ma in questo manca ogni traccia di beneficium inuentarii e di separatio. Cfr. BEAUCHET, Histoire du droit privé de la Republique Athénienne, vol. III, pag. 637.

[2] Sul diritto che i creditori separatisti hanno sul patrimonio dell'erede il SOLAZZI ha pubblicato un breve articolo nel *Bullettino del l'istituto di diritto romano*, vol. XI, pagg. 248-264, in cui si criticano le idee in proposito esposte nella mia precedente monografia sulla separatio bonorum. Per le ragioni esposte nella bibliografia non potei occuparmene a luogo opportuno. Nell'interesse della scienza però riferisco il concetto dell'egregio collega e brevissimamente. Egli è del parere che la teoria vigente tanto nel diritto classico quanto nel giustinianeo è quella difesa da ULPIANO, fr. 1 § 17, e PAOLO, fr. 5, e che l'opinione di Papiniano, fr. 3 § 2, non riuscì a prevalere. Il S. accede alla interpolazione da me segnalata nel fr. 1 § 17; la limita però dal 'si cum esset bona idonea' sino 'ab istis bonis separauit', e all'ultima frase del § 'iustissima scilicet ignorantiae causa allegata' [l. c., pag. 258 e 255 in fin.] 'L'interpolazione — scrive — c'è, ma è interpolazione di lusso, una di quelle spiegazioni inutili e prolisse di cui i nostri si dilettano': la sua scoperta è poi specialmente utile perchè si acquista 'anche la certezza che qua Triboniano non ha modificato il diritto anteriore' [l. c., pag. 257]. Io invece credo il contrario e credo, appoggiato dal Ferrini, che anche le ultime righe del § dove si parla della restitutio in integrun concessa ai creditori 'si temere separationem petierunt' sono interpolazione che muta il diritto anteriore. Il S. avrebbe dovuto tener presente l'opinione di Paolo, il quale anche in questo caso negava inflessibilmente ai creditori separatisti tale rimedio 'etiemsi circa separationem bonorum m *decepti* minus consenti sunt quam proprii heredis creditores', fr. 5.

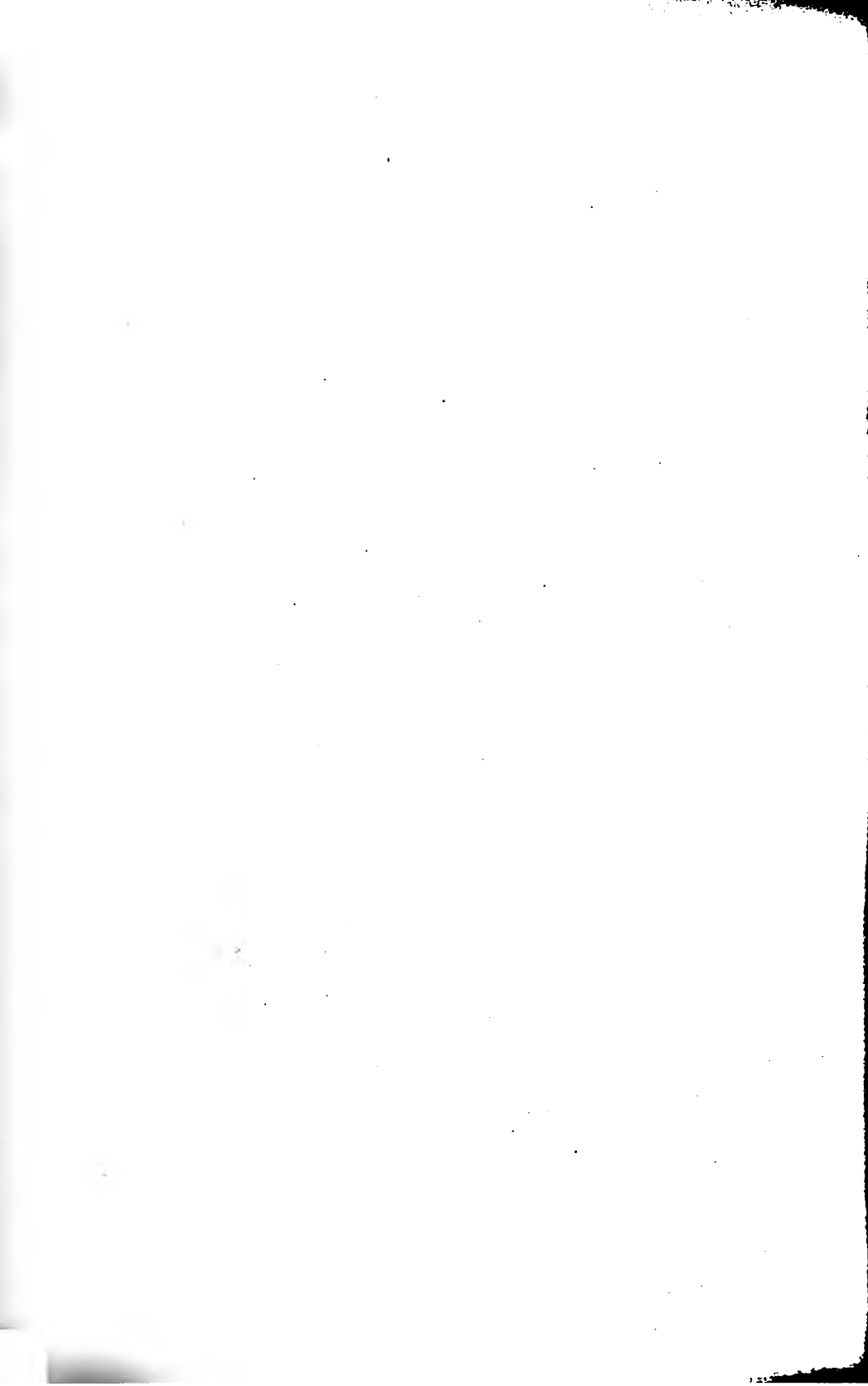
Il S. crede genuino come me il fr. 3 § 2 di Papiniano contro l'opinione di Costa e Ferrini. Spiega la sua decisione come dovuta ad 'un'apparenza di equità la quale potè impressionare anche Papiniano' e al riflesso che 'col posporre i creditori separatisti ai creditori personali dell'erede, si consegue pur sempre l'effetto di punirli della mal domandata separazione' e 'che in tal modo si parificava, almeno esteriormente, la condizione delle due categorie dei creditori' [pag. 261]. La presenza di tale

decisione papinianea nei Digesti si deve ad inavvedutezza dei compilatori: della sotto commissione papinianea prima e della commissione plenaria poi [pag. 262-3]. Dimenticavo dire che la motivazione prolissa e inutile interpolata nel fr. 1 § 17 è, secondo il S., la motivazione di Paolo presa ad imprestito [appropriazione, scrive] dalla commissione plenaria, coscientemente, fondendo nel titolo le tre masse [pag. 263]. La proposizione finale del § 17 che parla della 'in integrum restitutio' e che il S. propende a credere genuina nella compilazione giustinianea, deve ritenersi non già generale, ma destinata nell'intenzione di Triboniano e soci di lavoro a consentire eccezionalmente tale diritto neila ipotesi particolare ivi contemplata [pag. 264]. Ammettendo questo, può scusarsi l'accoglimento del fr. 3 § 2 di Papiniano nelle Pandette, che si riferirebbe appunto a questo caso in cui *temere* i creditori chiesero la separatio, 'iustissime ignorantiae causa allegata' [pag. 264]. L'ipotesi del S. è del SINTENIS, che cita, III, § 186 n. 6.

Gli argomenti che sostengono le idee dell'autore non mi convincono. Delle altre sue critiche che mi riguardano non credo opportuno occuparmene qui, sia perchè implicitamende credo avervi risposto ampiamente nel corso del lavoro, sia perchè alcune mie idee censurate ho già abbandonate, quale ad es. quella sull'interpolazione probabile del fr. 5 di Paolo, sia perchè avrò agio di tenerle presenti nella parte civilistica a proposito dell'art. 2055 del nostro Codice. Mi duole però dover dire come dall'articolo del Solazzi non si desume il modo con cui egli concepisce l'attuazione pratica della 'facultas separandi' da parte dei creditori ereditarî. Non premevano certo una molla e ne sbucava fuori, a guisa di salteleone, il commodum separationis! La parte processuale nell'istituto in esame è di grandissima importanza per averne un'idea esatta e completa, e per fissarne la intera funzione, val quanto dire tutti i suoi effetti giuridici e la loro portata. E il Solazzi aveva per così dire l'obbligo di far tesoro dall'appunto mossomi in proposito dal Ferrini nella sua recensione critica al mio primo lavoro. Colmando tale lacuna sarebbe stato — forse — costretto a mutare qualche linea della figura dogmatica che ha dato all'istituto, e che monca e vaga si intravvede qua e là nelle sue pagine: forse il pensare che il procedimento della bonorum uenditio quale alienazione *in blocco* del patrimonio del debitore, finisce con Diocleziano, sostituita dall'altra della distractio bonorum, non gli avrebbe fatto respingere, senz'altro, la mia idea che il commodum separationis potesse dai Romani concepirsi ed esplicarsi come un diritto di preferenza, un *privilegium exigendi*, visto e considerato che la distractio bonorum *non produceva* tale distacco *in blocco* del patrimonio e la relativa sua vendita quale uniuersitas.

Ad ogni modo io sono grato al collega Solazzi d'aver voluto, dopo il FERRINI, occuparsi così ampiamente del mio lavoro, e godo che alcune mie idee siano state confortate dalla sua approvazione e corroborate con nuovi argomenti.

PARTE SECONDA

DIRITTO MODERNO

CAPITOLO VI

Il commodum separationis nel diritto medio, consuetudinario francese, nel codice Napoleonico e nelle legislazioni italiane precedenti il codice civile del 1865.

35. Mancanza di notizie sull' ulteriore svolgimento della separatio. La *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio. — 36. Nel diritto consuetudinario francese precedente la codificazione. — 37. Nel codice Napoleonico del 1812. — 38. Nel codice delle due Sicilie del 1819. — 39. Nel codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820. — 40. Nel R. Editto ipotecario del 16 luglio 1822 per gli Stati di Terraferma del Re di Sardegna. — 41. Nel Regolamento per gli Stati Pontificî del 10 novembre 1834. — 42. Nel Motuproprio granducale del 2 maggio 1836 per la Toscana. — 43. Nel codice civile Albertino del 1.° gennaio 1838. — 44. Nel codice Estense del 25 ottobre 1851. — 45. Nel codice italiano del 25 giugno 1865.

35. Delineata così nei suoi particolari la figura della separatio nel diritto romano, è utile, per i motivi esposti nella introduzione, seguirne l' ulteriore sviluppo storico prima di passare al diritto italiano vigente.

Dalla codificazione giustinianea in giù è però molto difficile seguire le tracce di questo svolgimento assunto dalla separatio per opera della giurisprudenza. Solo quando a quando qualche pietra miliare si rinviene, da cui è lecito dedurre che la figura impressa all' istituto

dall' imperatore bizantino si mantenne press' a poco inalterata nel concetto degli scrittori.

Nella *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio [1] troviamo infatti un brano, che riporto per intero, in cui vien riprodotta la figura dogmatica della separatio.

> « Separatione quoque distinguuntur, ut ecce tu quidem Ticium habes debitorem, ego vero Seium, et ita Seio defuncto Ticius extistit heres patiturque uenditionem: possum ego beneficio praetoris impetrare Seii bona separari, quibus michi satisfiat. Sed ita demum, si fidem heredis nondum secutus sim, nec ita bona sunt confusa, ut iam separari nequeant, tempusque quinquennii nondum transierit. Tibi uero non permittitur bona Titii separare a bonis Seii, quoniam potuit debitor tuus hereditatem adeundo facere tuam conditionem deteriorem.
>
> Impetrata autem separatione si quid ex hereditate me dimisso superest, tu poteris ad hoc superfluum admitti. Set si quid ex bonis heredis tibi repleto supersit, michi concedendum non est, quia semel ab heredis persona recessi. Interpetratio autem praesentis articuli subtilius latiusque declarat, qui et in quibus bonis inpetrent separationem ».

36. Una ricerca accurata nelle varie legislazioni statutarie darebbe forse qualche risultato, la cui utilità però per l' economia di questo lavoro sarebbe molto discutibile. Passo quindi al diritto più recente.

E nel diritto francese che precedette la memoranda rivoluzione del 1789 si ritrova l' istituto del commodum separationis sottoposto all' elaborazione della giurispru-

---

[1] H. FITTING, Summa codicis d. Irn. Berlino, 1894, pag. 261 e segg.

denza. I giuristi di quei tempi attinsero al glorioso diritto di Roma i loro principî. Ma con un spirito veramente mirabile, non certo inconsciamente, respinsero l'istituto della separazione quale i compilatori giustinianei l'avevano plasmato, riducendolo a un beneficium inuentarii alla rovescia, e ritornarono alla figura classica che di quella ne aveva dato Papiniano.

Essi infatti compresero che la separatio costruita nel modo che si vede nei frammenti di Ulpiano e Paolo non raggiungeva lo scopo per cui era sorta, inquantochè la funzione attribuitale veniva a sorpassare di molto il fine cui mirava, ad annullare altri principî giuridici esistenti, tra cui quello della responsabilità ultra uires hereditarias e, esagerando, riusciva una visibile iniquità.

In base a queste considerazioni il Lebrun affermava senz'altro che 'la séparation obtenue par les créanciers du défunt n'etait pas capable d'effacer l'adition ou l'immixtion de l'héritier, et ne servait pas a d'exception a la maxime qui semel heres, nunquam desinit esse heres ' (1).

E quindi l'erede rimaneva sempre responsabile ultra uires pei debiti (2).

Quello che piuttosto influì a dare alla separatio una figura più speciale e caratteristica fu il modo con cui venne regolata la pratica esplicazione del diritto che da essa sorgeva. La separatio infatti non veniva accordata quando l'erede non era in grado di pagare, come nel diritto romano, ma sempre, come misura di cautela.

---

(1) LEBRUN, Traité des successions, liv. IV, ch. II, sct. I, nr. 21.

(2) POTHIER, Introduction au titre XVII de la Coutûme d'Orléans, n.º 727: 'La séparation des biens, introduite in leur faveur, ne doit pas être retorquée contre eux [les créanciers du défunt]; en la demandent ils n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation contractée avec eux, par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préféré sur ces biens aux créanciers de l'héritier'. Cfr. Traité des successions, ch. V, art. 4.

Inoltre se ne estese la funzione, concedendola anche ai creditori dell' erede e persino ai suoi legatarî.

Così durò la separatio fino alla codificazione napoleonica, poichè la prima legge ipotecaria del 9 messidoro anno III e l' altra dell' 11 brumaio anno VII la lasciarono senz' altro quale esisteva nel diritto consuetudinario, senza disciplinarla con apposite e più precise disposizioni (1).

37. Fu pel primo il codice Napoleonico che disciplinò l' istituto dandogli un' impronta legislativa caratteristica (2). Giova riportarne gli articoli, tanto più che nel corso del lavoro avrò occasione di citarli onde far meglio scaturire i legami e le differenze che intercedono tra le varie legislazioni e la nostra.

Il legislatore francese parla dell' istituto in più luoghi. I primi articoli vanno sotto il titolo *Des Successions* e precisamente sotto la dicitura *Du paiement des dettes:*

Art. 878: ' Ils (les créanciers du défunt) peuvent demander, dans tout les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt, d' avec le patrimoine de l' héritier '.

Art. 879: ' Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lors qu' il y a novation dans la créance contre le défunt, par l' acceptation de l' héritier pour débiteur '.

Art. 880: ' Il se prescrit, relativament aux meubles, par le laps de trois ans. A l' égard des immeubles l' action

---

(1) Infatti nella prima delle due citate leggi se ne tace completamente, e nella seconda al cap. V, art. 14, se ne dà un cenno soltanto menzionandola senz' altro: « Le tout sans préjudice du droit qu' ont les créanciers des personnes décédées, et les légataires, de demander la distinction et la séparation des patrimoines, conformement aux lois ».

(2) A tutto rigore l' istituto esisteva già nell' *Allgemeines Landrecht* del 1794, I, 16, §§ 500-512. Ma l' impronta e la figura caratteristica, che si riprodusse più o meno uguale in tutti i codici posteriori, è data senza dubbio dal *Code Civil*.

peut être exercée tant qu' ils existent dans la main de l' héritier '.

Art. 881: ' Les créanciers de l' héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession '.

Il resto dell' istituto è disciplinato sotto il titolo *Des Privilèges et des Hypothèques* e precisamente sotto la rubrica: Come si conservano i privilegi.

Art. 2111: ' Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformement à l' article 878, au titre *des successions*, conservent à l' égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt leur privilège sur les immeublss de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l' ouverture de la succession. Avant l' expiration de ce délai aucune hypothèque ne peut être établie avec effect sur ces biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires '.

Da queste disposizioni balza evidente che la figura della separatio è quella di un privilegio accordato ai creditori del defunto contro quelli dell' erede relativamente al patrimonio della successione nel soddisfacimento dei loro crediti: privilegio che non esiste sui beni dell' erede, dove tutti i creditori delle due categorie concorrono, a norma delle comuni disposizioni.

Si riproduce in altre parole, con leggere novità, la figura papinianea della separatio. Ma in cotesti pochi articoli non viene completamente disciplinata: cosicchè la giurisprudenza nella pratica applicazione comincia a fluttuare: gli scrittori ad avanzar fuori teorie cozzanti e divergenti, rendendo l' argomento ' proverbiale ' secondo la frase felice di uno scrittore francese (1).

---

(1) VALETTE, Rapport sur le concours de doctorat de 1861, pag. 20.

L' influenza esercitata dalla codificazione napoleonica sulla configurazione dell' istituto in esame si fece sentire in tutti gli altri codici che cronologicamente lo seguirono, i quali riprodussero, malauguratamente, in diversa misura la medesima imprecisione che si notava nel codice francese.

38. E il codice delle due Sicilie del 1819 agli articoli 98, 801 e 1997 riportò quasi *ad litteram* le disposizioni corrispondenti del codice d' oltralpe.

39. Più indipendente e meglio che questo disciplinò la separatio il codice del 1820 per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, inquantochè le sparse disposizioni raggruppò sotto un medesimo titolo: 'Dei privilegi'. Determinò meglio a chi competeva la facultas separandi, nominando espressamente i legatarî del defunto; portò a tre anni il termine utile a separare, formulò in modo più esatto alcuni principî, ma nello stesso tempo non eliminò l' originaria indeterminatezza della legislazione franca, specie riguardo alla ulteriore responsabilità dell' erede, se col patrimonio ereditario i creditori separatisti del de cuius non si erano soddisfatti.
Cfr. artt. 2142, 2143, 2147, 2048, 2155, 2157.

40. Il R. Editto ipotecario del 16 luglio 1822 per gli Stati Sardi non si allontana da queste legislazioni precedenti se non per l' attuazione dei termini utili ad esperire la separatio e per la maggior chiarezza con cui formula la funzione dell' istituto.

Dice infatti l' art. 9 che: 'i creditori dei defunti, legatarii e fidecommissarii, i quali non avranno fatto novazione coll' erede, saranno, mediante la separazione dei patrimoni, che loro compete, preferiti sul prezzo degl' immobili caduti nell' eredità, servato però fra di loro l' ordine di preferenza del rispettivo credito'.

Il nostro legislatore avrebbe fatto meglio a riprodurre senz'altro quest'articolo, che, di sicuro, avrebbe impedito tante incertezze nella pratica giurisprudenza. Si confrontino pure gli articoli 3, 41 e 42.

41. Il Regolamento per gli Stati Pontificî del 10 novembre 1834 classifica come i precedenti all'art. 83 la separatio tra i privilegi sugli immobili e negli articoli 97, 98, 99 e 101 segue le norme comuni.

42. Nel Motuproprio granducale del 2 maggio 1836 per la Toscana la separatio assume una figura particolare di effettiva separazione materiale.

L'art. XX infatti, stabilisce che il diritto nascente dall'esercizio della facultas separandi da parte dei creditori, legatarî, delle femine escluse dall'eredità intestata che hanno conseguita la dote, o hanno diritto agli alimenti dai maschi, mira a che 'i beni ed assegnamenti mobili ed immobili dell'eredità vengano separati dal patrimonio proprio dell'erede e convertiti nel pagamento dei rispettivi loro crediti e legati e delle doti e degli alimenti, avanti tutti i creditori particolari dell'erede'.

E nel mentre con tale disposizione oscura sembra che all'erede venga a sottrarsi la libera disponibilità dei beni ereditati, nell'articolo seguente con mirabile chiarezza si delineano gli effetti della separatio di fronte ai creditori del defunto.

Art. XXI: 'Però questo benefizio opera a favore di quelli che hanno diritto di domandarlo il solo effetto di non lasciarli pregiudicati sui beni ed assegnamenti dell'eredità, dai creditori proprî dell'erede, conserva poi a ciascuno di essi nel concorso dei creditori del defunto o ipotecarî o chirografarî quelle sole azioni, e tali quali, che possono rispettivamente competergli per l'indole e le condizioni dei crediti contro i beni ed assegnamenti ereditarî'.

Nel nostro codice tale articolo così chiaro manca: e da ciò le controversie sugli effetti della separatio tra creditori ereditarî separatisti e non separatisti fra di loro.

Per il resto nessuna spiccata particolarità ha il Motuproprio toscano se si toglie la disposizione romana del fr. 2 di Papiniano trasfusa nell'art. XXIII, il quale sanciva doversi ritenere validi tutti quegli atti compiuti in buona fede dall'erede, riguardo ai beni della successione, e l'altra dell'art. XXII riguardo al termine utile di due anni trattandosi di mobilie e di cinque se immobili.

Cfr. artt. XXII, XXVIII, XXXII, XXXV, XLI, XLV, LII, LV, LXXXII, LXXXVI, CLXXVII.

43. Nel codice civile Albertino del 1.° gennaio 1838 si riproducono modificate le disposizioni francesi. Si parla di iscrizioni del privilegio all'art. 1102 che sarebbe il surrogato dell'art. 880 del codice Napoleonico e in sostanza non viene mutata la figura che in questo aveva la separazione.

44. Il codice Estense del 25 ottobre 1851 garantiva i creditori e i legatarî accordando loro la separatio secondo le norme comuni: il termine utile era di un anno pei mobili e di tre mesi per gli immobili. Accordava inoltre ai creditori del defunto e ai legatarî una ipoteca legale e speciale sui beni della successione in modo tutt'affatto indipendente dalla separazione — la quale ipoteca però secondo l'art. 1273 pigliava efficacia dal giorno della sua iscrizione. Cfr. art. 2095-2102.

45. Tale era lo stato delle legislazioni degli Stati in cui si frazionava l'Italia nel 1860 [1]. Sorta a novella

[1] Ho omesso di tratteggiare la figura della separatio nei codici di altre nazioni anteriori al nostro, quali, ad esempio, quasi tutti quelli svizzeri [Ginevra 1810, Vand 1821, Berna 1830, Lucerna 1837, Ticino 1837, Friburgo 1841, Wallee, Neuemberg 1855, Aargan 1856, Niderwalden 1859, Graubunden 1864, Chauffausen 1865], il Neerlandese del 1842,

vita, nel darle un Codice Civile unico che cementasse vieppiù saldamente l'unità politica, i vari legislatori nei diversi progetti presentati, fino a quello che poi divenne legge definitiva nel 1865, riguardo all'istituto in esame si elevarono a più grande altezza dei precedenti codici nel disciplinarlo.

Ma se alcune lacune ed imperfezioni, parecchie contraddizioni che le altre leggi presentavano furono in gran parte evitate con una precisione maggiore nei particolari e una concezione più organica dell'istituto, pure la indeterminatezza e la sfumatura nei contorni della figura della separatio malauguratamente rimasero. Soprattutto il nostro legislatore non ebbe un concetto chiaro, netto, preciso della funzione che l'istituto era destinato a compiere. Il notevole materiale offerto dalle legislazioni precedenti, elaborato per bene, dava affidamento a sperare che finalmente si riuscisse a cristallizzare in una nitida concezione la figura dogmatica del commodum separationis.

L'influenza punto giovevole esercitata dal codice Napoleonico lasciò anche nel nostro le sue tracce. Se si riuscì a diminuire il numero grandissimo delle controversie che le disposizioni legislative francesi avevano partorito, non si riescì ad eliminarle del tutto. E la prova si ha in ciò, che ancora la nostra giurisprudenza vacilla incerta nel determinare il criterio unico e direttivo nel decidere le varie questioni, cercando invano un aiuto nella dottrina, la quale non si presenta ancora salda e concorde nell' offrirle un'organica ricostruzione dell' istituto in

---

la legge ipotecaria belga del 1851, l'austriaco del 1853, il sassone del 1863, poichè veniva altrimenti alterato lo scopo di questo accenno storico, riducendosi ad un capitolo arido di legislazione composta. A me preme di vedere quali i materiali di cui il legislatore si servì nel costruire la figura della separatio. Tutte le leggi citate non influirono, purtroppo, sulla concezione dell' istituto in esame.

esame. La falsa idea che perdura sulla pratica attuazione dell'istituto nel diritto romano, di separazione materiale di due patrimonî, anche quando, come oggi, è evidente che non si ha, e che si riproduce tenace nel nome dato all' istituto di *separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede,* ha certo contribuito a perpetuare tale indeterminatezza, la quale si esplica nelle opposte decisioni dei nostri tribunali, discordi qua e là perfino sul concetto fondamentale dell' istituto.

Riporto qui tutti quanti gli articoli del nostro codice riferentisi alla separatio per modo che il lettore possa averli tutti sott' occhio:

Art. 1032: 'I creditori dell' eredità ed i legatarî possono domandare la separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede a norma delle disposizioni contenute nel titolo XXIV di questo libro'.

Art. 1033: 'Il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditarî, salvo però ai creditori l' azione ipotecaria sul fondo legato e salvo altresì il diritto di separazione. Ma il legatario che ha estinto il debito di cui era gravato il fondo legato sottentra nelle ragioni del creditore contro gli eredi'.

Art. 1962 al. 3: 'Lo stesso privilegio (cioè pei crediti dello Stato) inoltre, per quanto riguarda le tasse di successione, non ha effetto a danno dei creditori ipotecarî del defunto che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, e nemmeno a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede'.

Sotto il titolo poi 'Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede' trova posto l' organica trattazione legislativa dell' istituto.

Art. 2054: 'Il diritto della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, di cui è cenno nell' art. 1032, spetta anche a quei creditori o

legatarî che hanno già un' altra garantia sui beni del defunto '.

Art. 2055: ' La separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatarî che l' hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell' erede '.

Art. 2056 : ' I creditori e i legatarî che avessero fatta novazione accettando l' erede per debitore non hanno diritto alla separazione '.

Art. 2057: ' Il diritto alla separazione non può esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell' aperta successione '.

Art. 2058: ' Il diritto alla separazione riguardo ai mobili si esercita col farne domanda giudiziale '.

Art. 2059: ' Lo stesso diritto riguardo agli immobili si esercita mediante l' iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l' ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situati '.

' L' iscrizione si eseguisce nei modi determinati dall' art. 1907, aggiungendosi il nome del defunto e quello dell' erede, se è conosciuto, e la dichiarazione che viene presa a titolo di separazione di patrimonio '.

' Per tale iscrizione non è necessaria l' esibizione del titolo '.

Art. 2061: ' Riguardo ai mobili già alienati dall' erede il diritto della separazione comprende soltanto il prezzo non ancora pagato '.

Art. 2062: ' Le ipoteche iscritte sugli immobili dell' eredità a favore di creditori dell' erede, e le alienazioni anche trascritte degl' immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatarî che ottennero la separazione nell' anzidetto termine di tre mesi '.

Art. 2063: ' La separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l' hanno domandata, e non altera fra

essi, riguardo ai beni del defunto, l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di poziorità'.

Art. 2064: 'L' erede può impedire o far cessare la separazione pagando i creditori e i legatarî, o dando cauzione pel pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o termine o fosse contestato'.

Art. 2065: 'Tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimonî regolarmente inscritto sopra gli immobili dell' eredità'.

CAPITOLO VII

Chi può chiedere il commodum separationis

46. I creditori ereditarî in generale. Portata del concetto di credito e creditore. — 47. Se per obbligazione naturale. — 48. Se per crediti già garantiti con fideiussione ed ipoteca. — 49. I creditori eventuali dell'eredità. — 50. I creditori cessionarî. — 51. I creditori surrogati. — 52. Se il creditore di un debitore istituito erede del fideiussore. — 53. Caso inverso. — 54. I creditori di più eredi successivi. — 55. Se i creditori dell'erede. Azione pauliana e suoi estremi. — 56. Se i creditori di un creditore ereditario. — 57. I legatarî. Distinzione fra le varie categorie di legatarî. — 58. Se l'erede o il coerede.

46. Per poco che si tenga presente lo scopo per cui sorse l'istituto in esame, diretto a limitare le eventuali disastrose conseguenze della successione ereditaria pel fatto del concorso sul patrimonio del defunto di persone che non vi avrebbero avuto diritto immediato insieme con altri, che viceversa potevano averlo, viene spontanea la risposta alla domanda che forma l'intestazione di questo capitolo: i creditori ereditarî in generale.

È necessario però fissare il concetto di creditore.

Pel codice civile italiano nessuna restrizione si fa in proposito al concetto di creditore. Cfr. gli art. 1032, 2054, 2055, 2056 ecc. Di modo che può benissimo anche

qui valere la definizione ulpianea del fr. 10, L, 16: 'creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur et quacumque actione uel persecutione.... siue pure, siue in diem uel sub conditione' e l'altra più ampia di Gaio, fr. 11, L, 16: 'creditorum appellatione accipiuntur.... omnes quibus ex qualibet causa debeatur'.

Nessuna influenza ha quindi la persona di cui si tratti, se fisica o giuridica, compreso tra esse lo Stato, nè il titolo su cui riposa il credito. Anzi, a differenza del codice Napoleonico [art. 2111, 2113], delle due Sicilie [art. 2144], del Motuproprio granducale toscano sopra i privilegi e le ipoteche [arg. art. 34] e del codice Estense [art. 2098], il nostro codice, seguendo analoga disposizione vigente nella legislazione per gli Stati Pontificî [art. 97 del Regol. 1.° nov. 1834], all'art. 2060 stabilisce che può pigliarsi iscrizione per la separazione senza esibire il titolo del credito [1]. Gli è perciò che mi sembra contraddirsi il Losana nell'esporre da un canto il principio sancito dall'art. 2060, e dall'altro affermando che si eccettua il caso in cui 'si trattasse di un credito fondato sopra un'obbligazione per la cui validità la legge richieda, sotto pena di nullità, la scrittura, come sarebbe la transazione' [2].

Tale eccezione infatti importerebbe, se fosse vera, l'annullamento dell'alinea 3 dell'art. 2060 [3].

Nè parimenti influenza sul diritto a chiedere la separatio esercita la fonte, la natura, la causa del cre-

---

[1] In diritto francese si sostiene però oggi, quasi unanimemente, che il creditore sprovvisto di titolo può esperire senz'altro la facultas separandi. Soltanto qualche decisione di tribunali e qualche scrittore vogliono che all'uopo si munisse di un'autorizzazione giudiziale. Cfr. in proposito BAUDRY-LACANTINERIE, vol. III, pag. 228 e note 2-3 e pag. 243 e n. 3.

[2] LOSANA, op. cit., pag. 43 e segg.

[3] Non bisogna perder di vista il duplice momento della separatio: l'esplicazione della facultas separandi, con la pratica realizzazione del diritto che ne sorge. Di ciò meglio appresso.

dito, o le modalità e le condizioni che l' accompagnano, o l' eventuale sua indeterminatezza o contestazione (1).

47. Come pure a me sembra che anche per un credito derivante da un' obbligazione naturale possa chiedersi la separazione.

Dato il mio concetto di obbligazione naturale che accoglie e segue pienamente quello del Polacco, d' un vincolo giuridico in se e per se, solo sprovvisto d' azione, la conseguenza logica da trarne è questa: che saranno compatibili coll'obbligazione naturale tutti quegli effetti delle obbligazioni che non si risolvono in una coercizione del debitore al pagamento, che è il solo effetto che manca a

---

(1) Arg. art. 2064. Per un credito eventuale ad es. nascente da gestione: Corte d'Appello di Milano, 21 nov. 1883, in *Annali*, vol. XVIII, III, 66. Per un credito illiquido: Corte d'Appello di Roma, 30 aprile 1881 [*Repert.* del *For. ital.* voc. Successione, 1881, n.° 243]; Corte d'Appello di Torino, 15 marzo 1882 [*Repert.* del *For. ital.*, 1882, n.° 262]; 5 luglio 1889 [*Repert.* del *For. ital.*, 1889, n.° 156-7]; 10 febbr. 1888 [*Repert.* del *For*, *ital.*, n.° 189-190]; 17 febbraio 1894 [*Repert.* del *For. ital.*, n.° 246]; Corte d'Appello di Casale, 15 ottobre 1887 [*Foro ital.*, 1888, I, 127]; Corte d' Appello di Milano, 25 ottobre 1895 [*Foro ital.*, 1896, I, 41]. Per il movimento giurisprudenziale francese in proposito cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., III, pag. 227 e segg.

Alcuni codici lo sanciscono esplicitamente. Cfr. Cod. dell' Uraguay, art. 1142; Cod. del Chilì, art. 1379. Altri si contentano di adoperare l'espressione comprensiva del nostro. Cfr. Cod. del Cant. di Zurigo, art. 958; del Cant. di Ginevra, art. 878; del Cant. vallese, art. 973; del Cant. di Vaud, art. 793; del Cant. di Friburgo, art. 980; sassone, art. 2333; Cod. neerlandese, art. 1153; Cod. della Rep. Argentina [29 sett. 1869 completato dalla legge 9 sett. 1882], art. 3433. Tra le legislazioni è quella argentina che esplica meglio il concetto di creditore. Il cit. art. 3433 è il più completo. ' Toto acreador de la sucesion, sea privilegiado ó hipotecario, á término, ó bajo condicion, ó por renta vitalicia, sea su titulo bajo firma privada, ó conste de instrumento público, puede demandar contra todo acreador del heredero, por privilegiado que sea su crédito, la formacion de inventario, y la separacion de los bienes de la herencia de los del heredero ecc. ' Si veda anche l' art. 3434. Cfr. pure BRINI, *Schema per un codice civile nella Repubblica di S. Marino,* [Bologna 1898] § CCCXXVIII, pag. 283.

quella per carenza di azione (1). Ora la separatio non è certo nel diritto italiano un mezzo per farsi pagare; in altre parole non rende di per se un credito esigibile. Nè, d'altra parte, io vedo nel codice disposizione contraria. L'art. 2060 infatti stabilisce che per iscriversi in separazione, perchè si possa poi godere del diritto che ne sorge, non è necessaria l'esibizione del titolo dal quale risulti la natura del credito per cui si esperisce la facultas separandi. Nè l'ufficiale delle ipoteche ha la facoltà di respingere la domanda che gli si presenta per l'iscrizione. Sarà poi l'erede o un suo creditore che impugnerà il credito derivante da obbligazione naturale, e quindi la separatio, allorquando si comincerà mano a mano ad operare sui titoli su cui si fondano la varie pretese (2).

48. Il diritto a chiedere la separazione non vien meno anche quando il credito in base al quale si domanda sia garantito da fideiussione od ipoteca.

I dubbi che potevano nascere una volta nel campo della dottrina e della giurisprudenza, specie francese (3), non hanno ora più ragione d'esistere. Se coteste garanzie infatti avessero realmente l'effetto di impedire un eventuale concorso disastroso sui beni della successione da parte dei creditori dell'erede, sarebbe abbastanza logico negare la separazione. Ma dal momento che tale scopo non vien raggiunto poichè quelle garanzie del credito non lo rendono per se stesso privilegiato — effetto che è raggiunto colla separatio — non si può non conceder quest'ultima.

---

(1) Polacco, Le obbligazioni nel diritto civile italiano, vol. I [1899], pag. 43-51.

(2) Cfr. in senso contrario Oertmann, l. c., pag. 271.

(3) Cfr. Baudry-Lacantinerie, op. cit., vol. III, pag. 230 e segg.

Del resto la formulazione dell' art. 2050 esclude ogni dubbio in proposito. È detto infatti che 'il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, di cui è cenno nell' art. 1032, spetta anche a quei creditori o legatarî che abbiano già un' altra garanzia sui beni del defunto' (¹).

49. Tra i creditori che possono godere della facultas separandi debbono comprendersi quelli eventuali dell' eredità: cioè coloro che avessero acquistato diritti di credito immediatamente ed esclusivamente verso l' eredità, cosa che può avvenire in modi svariati, o a mezzo di negotiorum gestio compiuta nell' interesse della successione, o per convenzione intervenuta coll' erede, quale curatore e rappresentante di quella, o per spese funebri, o per coltivazione dei beni del defunto, o per restauri urgenti e necessari fatti in essi.

50. Godono della separatio anche i creditori cessionarî che, subentrando al creditore cedente, possono esperire tutti quei rimedî atti ad assicurare l' esistenza e la soddisfazione del credito ceduto, non essendo la separazione un diritto personale, ma inerente al credito.

51. E così io credo si debba decidere pure per ciò che si riferisce al creditore surrogato, sia che la surroga provenga da convenzione o da legge.

Le distinzioni che in proposito vorrebbe introdurre il Losana (²) non reggono alla critica, poichè si fondano su una inesatta costruzione della separatio e sull' assurdo per me logico e giuridico che essa importi *sine qua non* disconoscimento dell' erede quale debitore.

(¹) Cfr. Cod. argentino, art. 3433, e Cod. sassone, art. 2335. Nega tal diritto il Cod. friburghese, art. 982.

(²) LOSANA, op. cit., pag. 54.

Infatti nel caso del § 2 dell' art. 1252, dove trattasi della surrogazione convenzionale, chi ha pagato me, creditore del defunto, mutuando all' erede le somme occorrenti a soddisfarmi, e subentrando quindi nel mio credito verso l' erede, ha benissimo il diritto di salvaguardare questo suo credito dalle disastrose conseguenze di un concorso sui beni della successione dei creditori personali dell' erede, che potrebbero con il loro intervento impedirne la integrale soddisfazione. E la separatio in simile evenienza è l' unico mezzo atto allo scopo. Il negargliela, per voler rimanere logicamente conseguenti al principio stabilito — del resto punto esatto — della 'recessio a persona heredis' da parte di un separatista, sarebbe un' evidente iniquità.

Pei medesimi motivi nel caso fatto dal § 2 dell' art. 1253, chi avesse acquistato dall' erede un immobile della successione e fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto avesse pagato uno o più creditori ereditarî, a favore dei quali il fondo era solo ipotecato, conserva bene il diritto di esperire inoltre il commodum separationis, onde quella surroga legale nei diritti dei creditori ereditarî soddisfatti, solennemente sancita dalla legge, non venga resa frustranea, data l' eventualità di un concorso di debitori personali dell' erede, i cui crediti possono godere un privilegio poziore nel soddisfacimento.

Della fattispecie del § 4 art. 1253 parlerò più avanti.

52. Un caso già esaminato nel diritto romano potrebbe anche oggi presentarsi. Il fideiussore muore e istituisce erede il debitore principale. Può il creditore domandare la separatio?

La risposta affermativa data da Papiniano conserva ugual valore anche oggi. Nè potrebbe opporsi che se credito esiste, esso si ha di fronte all' erede *ab initio*: inquantochè anche il fideiussore è obbligato nello stesso

modo del debitore principale, con la sola differenza che è tenuto in via subordinata, dopo cioè inutile escussione di quello.

La posizione del creditore in simile caso sarebbe quella di un creditore sub conditione, a cui spetta quindi come tale il diritto di esperire la facultas separandi.

Gli è perciò che è infondata l'accusa di illogità che muove il Losana agli scrittori che nella separatio vedono piuttosto un diritto di preferenza, e non già quella inesatta concezione attribuita ai Romani, di mantenere il patrimonio ereditario in entità autonoma, come se poi — concesso che tale fu l'idea che quei giureconsulti ne ebbero — la *confusione* non fosse egualmente avvenuta con il conservare l'eredità in entità distinta. Che anzi Papiniano, citato dal Losana, presuppone l'estinzione dell'obbligazione nata dallo fideiussio: 'quamuis obligatio fideiussionis *estinta* sit, nihilominos separatio inpetrabitur' [1].

53. Il caso inverso, che cioè il fideiussore diventi erede del debitore principale, merita uguale soluzione del precedente, nel senso che il creditore può esperire la sua facultas separandi sul patrimonio del defunto debitore, rientrando nella categoria generale dei casi normali di separazione [2].

54. Nel caso che l'eredità sia passata nelle mani di più eredi successivi la separatio spetta rispettivamente a tutti i creditori personali dei singoli eredi, colla differenza però che i creditori dell'erede precedente hanno un diritto poziore su quelli dell'erede seguente. In altre parole si applicano qui le medesime

---

(1) Il Codice argentino prevede questo caso e accorda la separatio; Cfr. art. 3444. Si veda appresso n.° 63.

(2) Cfr. il Codice argentino, art. 3444.

regole stabilite nel diritto romano da Ulpiano, che fa un caso simile [Cfr. n.° 8].

55. Uno spirito simmetrico d'equità parrebbe consigliasse estendere anche ai creditori personali dell'erede la facultas separandi. E infatti ciò è stato sostenuto da alcuni scrittori, e qualche codice moderno lo sanciva addirittura, ad es. l'*Allgemeines Landrecht* del 1790 I, 16, §§ 507-509 (1), mentre qualche altro, come il Bayrische Gerichtsordnung XX, 17, n.° 2, lo concedeva limitativamente ai creditori dell'erede, solo nel caso che quest'ultimo non volle fare l'inventario dell'eredità dietro espresso loro invito (2). Ma il diritto romano, come si è visto, e il codice Napoleonico (art. 881) ed Estense (art. 2101) *esplicitamente*, e tutti gli altri fino al nostro *implicitamente*, dispongono che ai creditori dell'erede non spetta la facultas separandi (3).

Gli argomenti addotti sono in fondo gli stessi che Ulpiano e Paolo ai loro tempi adoperavano, e che s'imperniano tutti in sostanza nell'osservare che si verrebbe ad un assurdo giuridico concedendo la separatio ai creditori dell'erede, poichè questi soffrirebbe una limitazione nella sua libera attività: a ciò si aggiunge l'altra ragione di Paolo che 'proprii heredis creditores habent propria eius bona et personam, quae potest donec uiuit adquirere'.

(1) Cfr. FOERSTER, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts ecc., vol. I [5 ed. 1887], pag. 620, e DERNBURG, op. cit., vol. III [Halle 1896], pag. 691. Cfr. *Preuss. Konkursordn.* § 37, 2, §§ 260-261. Fu però abolito dal *Reichskonkursordnung* del 1885, § 43.

(2) Ved. ROTH, Bayerisches Civilrecht, III, 2 [Tübingen, 1898, 3.a ed.], § 400, pag. 198, n.° 6.

(3) Negano pure formalmente tal diritto ai creditori dell'erede i Codici chileno [art. 1381], neerlandese [art. 1157], ginevrino [881], vallese [art. 795], friburghese [art. 984], di Vaud [art. 795], dell'Uraguay [art. 1146], argentino [art. 3437].

Ma cotale argomento se poteva valere in diritto romano in cui il concetto della patrimonialità dell'obbligazione non era così sviluppato come oggi — specie ai tempi di Paolo — non può esser menato per buono ai nostri giorni, quando nei vari codici, dal Napoleonico (art. 2092-93) al nostro (art. 1948-49), viene formalmente sancito il principio che chi si obbliga è tenuto all'adempimento della prestazione coi suoi beni presenti e futuri, e che questi costituiscono la garanzia comune dei debitori. Oggi che la dottrina giunge, ad es. col Polacco, a sostenere che l'obbligazione non è altro che il rapporto di due patrimonî, sarebbe un'incoerenza affermare ingiustizia il concedere un diritto uguale anche ai creditori personali dell'erede. Tanto più, si noti, che identico ne sarebbe il fondamento: la confusione ereditaria in ambi i casi produce un concorso di due categorie di creditori, quelli proprii defunti e quelli proprii heredis. Il commodum separationis ha precisamente la funzione di mantenere intatta la primitiva garanzia del credito eventualmente menomata da tal concorso, appunto impedendolo. In virtù di qual logica gli uni debbono avere il diritto a non vedersi menomate le iniziali garanzie di soddisfacimento, diritto che si nega agli altri, che come i primi nessun atto positivo o negativo hanno posto in essere, dal quale far derivare tale improvviso mutamento nelle iniziali garanzie del credito?

Degli scrittori che siano del mio avviso non conosco altri, tra i più recenti, che il Laurent, il quale riproduce l'idea del Domat (1), campione della dottrina consuetudinaria francese, da cui il Lebrun e il Pothier (2) si allontanarono, avvicinandosi al diritto romano. Ed è

(1) LAURENT, op. cit., vol. X, n.° 4. DOMAT, Lois civil, libro III, titolo II, sezion. 1, preamb.

(2) LEBRUN, Traité des successions, lib. IV, cap. II, sez. 1; POTHIER, Traité des succ., cap. V, art. 4 e introd. à la cout. d'Orleans, nr. 13.

strano l' osservare come una verità così intuitiva possa durar fatica a farsi strada, e che gli scrittori non siano ancora convinti dalla grande iniquità nel negare a dei creditori il mezzo adatto a garantire i loro crediti, la cui esistenza è minacciata dalla leggerezza di un erede e dal principio dell' illimitata responsabilità ultra uires, — che contemporaneamente riconoscono concordi irrazionale — e non si siano accorti dell' offesa che fanno alla logica ammettendo che gl' identici effetti di un medesimo fatto giuridico abbiano ad essere trattati diversamente.

Non è certamente poi cosa seria il dire che tali creditori potranno usufruire dell' azione pauliana di cui all' art. 1235, impugnando ed ottenendo la revocazione dell' accettazione dell' eredità, quando riescano a provare il consilium fraudis dell' erede e l' euentus damni, o, eventualmente, del beneficium inuentarii esperito dall' erede.

Anzitutto, anche a voler prescindere dalla grossa questione porta dall' art. 949 riferentesi all' autorizzazione giudiziale a cui può ricorrere il creditore di colui che rinunzia ad un' eredità in pregiudizio dei diritti di questo ultimo — se cioè da tale articolo si possa argomentare il rifiuto della legge a concedere il diritto d' impugnarne l' accettazione — ognuno s' accorge facilmente come è difficilissimo per i creditori fornire la prova della frode, e come, d' altro canto, si viene in senso inverso e *poco logicamente* a restringere la libertà dell'erede obbligandolo a rinunciare ad una cosa cui ha diritto inconcusso: restrizione di libertà che non mi sembra punto diversa dall' altra cui alludono gli scrittori, pigliandola a motivo fondamentale dell' opposta decisione.

56. Un' ultima questione riguardo alla portata del concetto di creditore.

L' art. 1234 sancisce che i creditori per il raggiungimento di quanto è loro dovuto possono esercitare tutti

i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che gli sono esclusivamente personali.

Posto ciò, è logico che, non essendo la separatio un diritto inerente alla persona del creditore ereditario, cui spetta soltanto in riguardo alla natura del suo credito, possono chiederla in sua vece i terzi creditori di quello. Nè si obbietti che così verrebbesi a restringere la libertà giuridica del loro debitore, poichè a norma degli articoli 1948 e 1949 chi è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere i suoi obblighi con tutto il suo patrimonio, di cui certo è parte integrante un diritto di credito, nè è in sua facoltà commettere degli atti positivi o negativi che possano menomarlo o renderlo inesigibile, senza ledere il diritto dei suoi creditori, e senza violare l'art. 1234.

57. L' art. 1832 del nostro codice eliminò del tutto la questione che era sorta in Francia nella giurisprudenza per il nessun accenno fatto negli articoli 878-881 dei legatarî tra le persone ammesse a godere della separatio. Questione che però logicamente non avrebbe dovuto esserci inquantochè l' art. 2111 parla espressamente dei legatarî a proposito della facultas separandi.

Il concederla a questi ultimi, quantunque a tutto rigore essi non siano dei creditori del defunto, procede dalla considerazione che maggior diritto spettava ad essi sui beni del de cuius che ai creditori dell' erede, e che il negargliela sarebbe stato un implicito disconoscere la volontà del defunto, il quale certo non poteva essere indifferente nell' ammettere che i suoi beni dovessero piuttosto servire a pagare i creditori dell' erede che i legatarî [1].

---

[1] Concedono esplicitamente tale commodum ai legatarî il Codice argentino [art. 3446], dell' Uraguay [art. 1142], neerlandese [art. 1153], del Cantone vallese [art. 889], del Cantone di Friburgo [art. 980]; lo accordava pure il Codice sassone [art. 2333].

Occorre però tener presente che allora soltanto possono giovarsi dei benefici effetti della separatio allorquando siano stati soddisfatti tutti i creditori dell'erede, siano questi separatisti o non separatisti.

Appena qui bisogna notare che la sola garanzia che spetta ai legatarî per il soddisfacimento cui hanno diritto è il commodum separationis e la cauzione (art. 856). Per conseguenza essi non potranno iscrivere alcuna ipoteca speciale sui beni della successione, non essendo tale facoltà loro riconosciuta, come nel codice francese (art. 2017). A meno che il testatore non avesse espressamente stabilito, nel conferire il legato, che la persona così avvantaggiata potesse pigliare ipoteca sui beni ereditari. Infatti a me sembra validissima tale disposizione, checchè ne dica in contrario il Losana [1].

Nessuna influenza poi hanno sul diritto a chiedere la separatio le modalità del legato o il suo genere: sia esso puro o a termine o sub conditione: sia esso di un capitale o di una prestazione giuridica: o a carico dell'erede o di un altro legatario (art. 2064); o consista in un legato di cosa altrui (art. 837), nel quale caso la separatio cautelerà nell'onerato il diritto eventuale al prezzo della cosa; o che abbia un'altra garanzia sui beni del defunto (art. 1032). Il Losana però vorrebbe cancellare senz'altro la legge con un semplice processo logico. Dato, secondo lui, che l'art. 2056 dica essere essenziale per chiedere la separatio il disconoscimento dell'erede per debitore, e poichè le garanzie di cui agli

---

[1] LOSANA, op. cit., pag. 61 e segg. Il quale, se nega da un canto che il testatore possa concedere ai legatarî tale diritto, ammette poi a pag. 66 che essi 'possano, all'infuori della separazione, ottenere altra guarentigia che loro fornisca l'erede, o *per precetto impostogli dal testatore* o per opportuni accordi'. La Corte d'appello di Torino [6 marzo 1862 in *Annali*, XVI, 152] decise che il legatario, cui il defunto accordò nel testamento un'ipoteca, imponendola all'erede, può separare.

art. 1032 e 2054 il legatario non potrebbe averle che dall' erede, è — sempre secondo lui — logico che tali articoli intendano riferirsi ai creditori e non ai legatarî, quantunque si trovino nominati insieme! (1).

58. Prima di chiudere il capitolo interessa esaminare l' ultima questione: se l' erede è compreso tra le persone cui spetta la facultas separandi.

Si è visto come nel diritto romano in nessun caso si accordava all' erede la separatio. Solo a un coerede contro i suoi coeredi, per quel tanto di cui egli non era erede del defunto.

Nel diritto italiano, e moderno in genere, la risposta deve essere parimenti negativa. L' erede, creditore del defunto, se è solo può chiedere esclusivamente il beneficio dell' inventario per limitare la responsabilità ultra uires. Ma non può sottrarre ai suoi creditori personali i vantaggi dell' eredità a norma degli art. 1948 e 1949 (2). Se viceversa ci son coeredi può domandare la separatio per garantire quelle quote di credito devolute ai consoci per cui non c' è stata confusione. Ed in questo caso egli agisce come un semplice creditore ereditario, tutelando i suoi diritti contro il possibile concorso dei creditori personali dei coeredi, i quali possono benissimo minacciar

---

(1) LOSANA, op. cit., pag. 65. In quanto al modo d' interpetrare l' art. 2056 Cod. Civ., cfr. appresso cap. X.

(2) È strano quindi che il MELUCCI, op. cit., pag. 46, gli accordi contemporaneamente al ben. inv. quello della separazione per ottenere il pagamento dei suoi crediti. Ma se l' art. 968 che enumera i vantaggi del ben. inv. mette appunto tra essi quello di conservargli contro l' eredità il diritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti! E ciò a prescindere dall' erroneo concetto che la separatio esperita dall' erede possa impedire la estinzione del credito di quest' ultimo verso il defunto. Cfr. in proposito appresso n.° 63.

all' erede-creditore il soddisfacimento del suo credito, estinto solo in parte (¹).

E così si spiega semplicemente in simili casi il fondamento della facultas separandi pel coerede creditore senza ricorrere ad inconcepibili ed illogiche finzioni di giacenza *parziale* di eredità (²).

Parimente l' erede o il coerede che con danaro proprio, o anche con danaro della successione prima ancora della divisione, paghi creditori del defunto o dell' eredità; o che risulti in qualche modo creditore dell' eredità, sia per miglioramenti introdotti nei beni della successione o per spese necessarie fattesi o per altro, ha la facultas separandi per quel tanto di cui egli risulterà non essere erede, nel primo caso, o creditore, nel secondo (³).

(¹) Così pare debba spiegarsi l' oscuro linguaggio in proposito di AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, vol. VI [1873], pag. 472, § 619, n.° 5, i quali dicono che 'l' héritier qui est en même temps créanciers du défunt, est lui-même en droit de l' invoquer, lorsqu' il y a intérêt, c' est-à-dire, lorsque sa créance ne se trouve pas éteinte par confusion'. Il Codice argentino [art. 3435] accorda esplicitamente tal diritto al coerede.

(²) Così ad es. il LOSANA, op. cit., pag. 53. Non è pure da accogliere quindi ciò che in proposito scrive il BAUDRY-LACANTINERIE, cit. vol. III, pag. 231, il quale accorda la separatio all' erede creditore del defunto, perchè essa 'rémontant rétroactivament à l' ouverture de la succession, fait disparaitre la confusion'. Cfr. in proposito appresso n.° 63 sugli effetti della confusione ereditaria e i rapporti che con essa ha la separatio.

(³) Cfr. il Cod. sassone, art. 2337, che formalmente lo sancisce.

CAPITOLO VIII

Sfera obbiettiva d'applicazione del commodum separationis.

59. Che bisogna intendere per patrimonio del defunto. — 60. Le variazioni all' entità del patrimonio e loro influenza sulla facultas separandi. — 61. Variazioni apportate dal defunto con atti fra vivi. — 62. Variazioni apportate con atti di ultima volontà. I legati. — 63. I crediti verso l' erede. Gli effetti della confusione ereditaria. — 64. Modificazioni apportate dall' erede riguardo ai beni mobili. — 65. Riguardo ai benî immobili. Permuta o alienazione. — 66. Se i creditori hanno la scelta del prezzo o la persecuzione reale dell' immobile alienato. — 67. Quali beni restano esclusi dalla separatio. — 68. Se possa qui aver vigore la massima ' fructus augent hereditatem '. — 69. La cosidetta indivisibilità della facultas separandi.

59. Si tratta di determinare su quali beni del defunto il creditore ereditario può esercitare il commodum separationis: impedire cioè di trovarsi in concorso coi creditori proprî dell' erede, acquistando contro questi un privilegio nel soddisfacimento.

L' art. 1032 dice che i ' creditori dell' eredità e i legatarî possono domandare la separazione del *patrimonio del defunto* dal patrimonio dell' erede '; l' art. 2054: ' il diritto alla separazione del *patrimonio del defunto*... ecc. '; l' art. 2055: ' la separazione ha per oggetto il soddisfacimento col *patrimonio* del defunto... ecc. '. Nè altrove

si rinviene nella legge limitazione alcuna nel concepire l' obbietto della separatio.

Una definizione alquanto vaga del significato di patrimonio potrebbe ricavarsi dal nostro codice all' articolo 1948, in cui si stabilisce che il debitore risponde delle contratte obbligazioni e con tutti i suoi beni mobili ed immobili presenti e futuri. Ma essa non fa al caso nostro, poichè non si tratta di determinare il patrimonio di una persona in astratto, ma bensì quella di un defunto al momento in cui si apre la successione. Infatti è su questo soltanto che i creditori ereditarî possono esercitare la loro facultas separandi.

Non bisogna però intendere il patrimonio come uniuersitas iuris, concepito cioè come un' unità autonoma di fronte alle cose 'quae sunt in patrimonio'. Nulla di più falso di questo concetto, la cui inesattezza, purtroppo sancita negli articoli del codice, sarà appresso rilevata.

Il commodum separationis infatti non si esplica colpendo l' insieme dei beni del defunto come uniuersitas o complesso di diritti, bensì sui *singoli* diritti patrimoniali che quello compongono, assumendo nella sua pratica applicazione *forme diverse*, a secondo la diversità dei diritti patrimoniali del defunto.

È del tutto inesatto quindi il nome dato all' istituto in esame di 'separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede'. Inesattezza che proviene dalla falsa idea che della separatio gli scrittori si sono formati in diritto romano e dall' aver voluto trasportare, traducendole, nella nostra lingua le parole 'separatio bonorum' dando loro un significato puramente materiale ed obbiettivo di divisione di patrimonî. Al contrario nelle fonti, come feci notare, il nostro istituto è sempre indicato *soltanto* col termine 'separatio', preso in senso subbiettivo di distinzione di due categorie di debitori che non concorrono insieme, ma separatamente — separatim come dice Ulpiano — sui beni del defunto; mentre l' altro di

'separatio bonorum' che s'incontra pochissime volte, e che serve a designare un effettivo distacco di due patrimonî, poco o nulla ha da vedere coll'istituto tipico, direi quasi, del commodum separationis ([1]).

La parola quindi 'patrimonio' del defunto deve essere intesa quale *somma materiale* di diritti: beni mobili ed immobili, corporali e incorporali, acquisiti definitivamente o sub conditione, pacifici o litigiosi, esistenti al momento dell' accettazione dell' eredità da parte dell' erede.

60. Se nel periodo di tempo che corre dall' acquisto della successione all'esperimento della separatio tale patrimonio fosse rimasto intatto e obbiettivamente individualizzato, e se il defunto medesimo con una disposizione di ultima volontà, o l' erede in forza del suo titolo e pel fatto stesso della successione, non vi avessero apportato delle modificazioni, legando, alienando, permutando, ipotecando i varî beni in esso contenuti; o l' erede non avesse avuto dei beni proprî, oltre quelli acquistati per mezzo della successione, il quesito complesso che forma l' argomento del capitolo sarebbe abbastanza facile a risolversi. Ma avvenendo il contrario, è mestieri esaminare le varie ipotesi di modificazioni apportate al patrimonio o dal defunto o dall' erede, e stabilire i criteri per distinguere quali beni pervenuti a quest' ultimo per la sua qualità di erede debbano comprendersi nel patrimonio del defunto e quali debbansi escludere; in altre parole, per individualizzare le singole attività patrimoniali del testatore da quelle proprie dell' erede onde venga determinata, in sostanza, la sfera obbiettiva d' applicazione della facultas separandi.

([1]) Si veda la dimostrazione fattane più su a pag. 85 e appresso capitolo XI.

61. E comincio coll' esaminare l' influenza delle modificazioni introdotte dal defunto nel suo patrimonio con atti tra vivi.

Su questo argomento c' è poco a dire: in quantochè su tutti quei beni, che egli essendo ancora in vita avesse disposto, e che quindi sono usciti dal suo dominio prima della morte ed entrati in quello dei terzi (art. 1044), non può esercitarsi il commodum separationis, salvo sempre rimanendo ai creditori lesi il diritto di ricorrere all' estremo ed infido rimedio dell' azione pauliana, concorrendovi gli estremi.

62. Più interessante è invece discorrere di quelle altre modificazioni introdotte con atto d' ultima volontà. Ed esse sostanzialmente si possono ridurre ai legati. Saranno essi sottoposti alla facultas separandi?

Nel diritto romano le fonti sono esplicite a questo riguardo (1). Nel nostro diritto la questione può sorgere solo di fronte ai legati di cosa certa. E non esito un istante ad affermare che su di essi può esercitarsi il commodum separationis, poichè le ragioni in contrario del Melucci (2) non mi convincono. L'art. 2055 è troppo chiaro per essere frainteso: ' la separazione ha per oggetto il soddisfacimento col *patrimonio del defunto*... ecc.' Ora il dire, come fa il Melucci, che i beni individualmente legati non divengono per un momento proprietà dell' erede, ma che invece questa passa *via recta* ai legatarî, non significa menomamente che non facciano parte del patrimonio del defunto. E come tali vanno soggetti alla separatio. Nè, d' altro canto, c' è il bisogno di ricorrere all' azione pauliana o all' interpetrazione di volontà del testatore nel considerare che se egli ha voluto legare, a preferenza

(1) Si confronti pag. 93.

(2) Melucci, op. cit., pag. 339 e segg.

avrà voluto pagare i suoi debiti (1), per riconoscere quindi ai creditori ereditarî il diritto ad esprimere la separatio sui beni legali. Basta l' art. 1033 che taglia corto ad ogni dubbio: ' Il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditarî, salva però ai creditori l' azione ipotecaria sul fondo legato e salvo altresì il diritto di separazione ' (2).

Se la Cassazione di Torino nel decidere una prima volta senza tener conto di questo articolo (3), seguendo l' opinione del Melucci vi avesse persistito, avrebbe fatto dolorosa impressione. Ma saviamente tornò sui suoi passi con un' opposta decisione (4), mentre il Tribunale supremo di Roma non ebbe bisogno di ricredersi (5). Partendo dall' art. 1033, in cui si sancisce rimaner salvo contro i legatarî il diritto di separazione, venne alla conclusione che, per effetto del medesimo, i beni legati sono sottoposti al pagamento dei debiti ereditarî, come lo sono per quei debiti che il defunto avesse garantito con speciali ipoteche sopra i medesimi.

Ma, a prescindere da questi riflessi, sarebbe stato un violare gli art. 1948 e 1949, che indicano i beni presenti e futuri dell' obbligato quale garanzia comune dei creditori, l' ammettere che i legatarî vi potessero aver maggiori diritti di questi; un annullare senz' altro, e brutalmente, il vetusto e indiscusso principio che ' bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno '; un sancire un' evidente iniquità. Poichè si sarebbe visto lo sconcio di un creditore il quale colla teoria del prof. Melucci rimaneva senz' altro a mani vuote, se l' erede accettava puramente l' eredità, la cui parte maggiore era esaurita in

---

(1) Melucci, op. cit., pag. 341.

(2) Uguale articolo si riscontra nel Cod. del cantone vallese [art. 907].

(3) *Annali*, vol. XV, I, 199. Decisione 29 aprile 1881.

(4) *Giur. ital.*, 1891 [decis. 32 dec. 1890] I, pag. 269.

(5) *Giur. ital.*, 1880 [decis. 23 genn. 1880] I, pag. 434.

legati di cose certe; mentre se quello l' avesse adito col beneficio dell' inventario il creditore avrebbe avuto la preferenza 'cum satis absurdum sit — scrive Giustiniano — creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accomodare' (1).

63. Si è detto che la facultas separandi si esplica sul patrimonio del defunto. Ma supposto che in esso vi erano compresi dei crediti verso una persona che per l' appunto viene nominata erede, quid iuris in tal caso?

In altre parole, sul credito del defunto che si è confuso per la successione ereditaria a norma dell' articolo 1296 si può esperire la facultas separandi?

Su questo punto le opinioni degli scrittori cozzano in stridente contrasto fra loro: e non già in riguardo al caso specifico qui esaminato, ma sugli effetti della confusione in generale. Alcuni che si schierano per la negativa si basano sull' articolo 1296, il quale dice che 'quando la qualità di debitore e creditore si riuniscono nella stessa persona avviene una confusione di diritto che *estingue* il debito e il credito'.

'Che volete *separare* se ci manca l' oggetto della separazione?' scrive il Melucci. 'Mercè la separazione dei creditori e legatarî voi separatisti acquistate una *garantia* sui beni della successione; ma quando questi beni sono spariti, che garantia volete accampare?' (2).

Altri che vengono alla conclusione opposta girano la posizione, sostenendo che il credito si è *confuso*, ma non *estinto*: non si può far valere perchè ne manca il titolare, il creditore, essendosi questa qualità riunita nella persona del debitore. Il Giorgi ad esempio sostiene

(1) Cod., VI, 30, 22, § 5.

(2) Melucci, op. cit., pag. 171 e segg.

che ' per quanto la confusione sia un modo di estinguere l' obbligazione, non può però condursi a conseguenze esorbitanti dalla causa che la produce; ed ogni qualvolta non si tratti di pagamento o di esazione, divenuti evidentemente impossibili, ma di commisurare i diritti e gli obblighi verso i terzi della persona, che qual creditrice è succeduta al debitore, o qual debitrice al creditore, il gran principio della giustizia non consente che quei diritti vengano meno ' [1]. Per ciò che riguarda la confusione ereditaria essa, se paralizza l' azione creditoria, non estingue per nulla quelle relazioni fra i terzi e il debitore-erede, le quali non presuppongono l' esercizio di quell' azione. E si citano esempi. Per stabilire la parte disponibile e quella riservata ai legittimarii rientrano nel computo dell' asse tutti quei crediti eventualmente confusi a vantaggio dell' erede debitore. Nella denunzia di successione devono parimenti figurare. Colla separazione quindi s' impedisce la estinzione del credito del defunto verso l' erede, e i creditori di quelli possono conservarlo e colpirlo colla facultas separandi: nè più nè meno come avviene col beneficium inuentarii, che mantiene intatte le ragioni creditorie dell' erede verso il defunto (art. 980).

A questa idea accedono il Losana, il Ricci, il Giorgi, il Laurent, il Baudry-Lacantinerie, il Ferrini e il Barassi, per non citar altri [2].

Senza discutere qui gli effetti della confusione e rimandando in proposito alla bella e recente monografia

---

(1) GIORGI, Teoria delle obbligazioni ecc., vol. VIII [1885], pag. 162.

(2) LOSANA, op. cit., 77-72; RICCI, op. cit., vol. X, pag. 535; GIORGI, op. cit., vol. VIII, 161 e vol. VI, pag. 530; LAURENT, op. cit., vol X, n.° 40; BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., vol. III, pag. 273 e segg.; FERRINI, v. Obbligazione nell'*Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, 1, pag. 859; BARASSI, recensione all'opera cit. del KRETSCHMAR, *Archivio giuridico*, vol. V della N. S., pag. 376.

del Kretschmar già citata a pag. 60 n. 1, io dico solo come la soluzione negativa del quesito sia di gran lunga preferibile ad ogni altra.

La ratio decidendi non deve esser punto la considerazione degli effetti della confusione ereditaria, se essa, cioè, estingue il diritto o lo paralizza soltanto. Il vero argomento decisivo appartiene ad un altro ordine di idee, e precisamente deve ricavarsi in modo rigoroso dalla funzione della separatio. Essa ha lo scopo immediato di impedire che i creditori del defunto vedano menomate le loro garanzie del soddisfacimento, per il concorso dei creditori dell' erede, sui beni della successione: concorso che viene appunto paralizzato dal priuilegium exigendi sorto in virtù del commodum separationis. Ora in tal caso sul credito del defunto verso l'istituito erede, e che si è confuso, manca del tutto la possibilità di un concorso da parte dei creditori proprî dell' erede. E come far funzionare in proposito un istituto che *sine qua non*, per la sua logica esistenza, presuppone un concorso e mira a impedirlo? La separatio non ha il compito di impedire tutti gli effetti della confusione ereditaria, ma soltanto uno; nè è lecito pervertirne le funzioni, usurpando quelle di altri istituti.

Ma vi sono argomenti più diretti e decisivi che confortano la soluzione giuridica a cui mi sembra si debba senz' altro pervenire.

Non vi è certo dubbio alcuno che sopra un credito, che fa parte del patrimonio dell' obbligato, i suoi creditori, a norma dell' art. 1948, hanno una garanzia generale. Parimenti non vi può esser dubbio alcuno che se su tal credito nessuna garanzia speciale gravava in favore dei creditori, il debitore è perfettamente libero benissimo di donarlo, cederlo, rimetterlo, salvo sempre il diritto dei suoi creditori di esperire l' azione pauliana dell' art. 1235, per far dichiarar nullo l'atto, se commesso in frode dei loro interessi.

Ora nel caso in esame il creditore che istituisce erede il suo debitore viene a fare ne più nè meno che una vera e propria *rimessione* del debito. I creditori di quello anche qui non potranno impedirla in alcun modo, come se si fosse trattato di atto tra vivi, eccetto che non provino la frode commessa in loro danno.

Come è dunque possibile esperire in questo caso la facultas separandi, se nessun diritto attuale e specifico hanno i creditori per impedire la rimessione di un debito fatta dal loro debitore?

Del resto, a questi argomenti positivi se ne possono aggiungere degli altri, direi quasi negativi: dimostrando destituiti di fondamento quelli addotti a sostegno della soluzione qui combattuta.

Il dire che la confusione, pur estinguendo il credito in quanto ne paralizza l' azione creditoria, non impedisce che il credito estinto sia computato, trattandosi di collazione, o di denunzia di successione, o per stabilire la quota legittima ereditaria, e che assieme con questi possono sussistere quelle relazioni fra terzi e debitore-erede, le quali presuppongono l' esercizio di quell' azione, per conchiudere quindi che esperendo la separatio il credito vien mantenuto rispetto agli aventi causa dal defunto, è senz' altro una contraddizione in termini.

Poichè, qualunque sia l' idea che si abbia sull' effetto della confusione rispetto al diritto che ne è l' oggetto, è indubitabile che la separatio, se avesse quell' efficacia che in proposito le si attribuisce, diverrebbe nè più nè meno che l' esperimento di un' azione creditoria; azione creditoria che, se è *paralizzata*, per adoperare la plastica parola del Demalombe riferita dal Giorgi, perchè passata in testa all' ex-debitore, non può farsi funzionare, non avendo nessuno il diritto di strapparla dalla sua proprietà. Poichè non bisogna perder mai di vista che — nonostante la separatio — l' erede è assoluto proprietario dei beni ereditarî e ne può disporre.

64. Passiamo ora alle modificazioni apportate dall'erede alla sostanza della successione, e alla loro influenza sulla portata obbiettiva del diritto a separare.

In questo punto le regole del diritto romano non trovano esatto riscontro in quelle moderne, specie del nostro codice, poichè il principio ' quae medio tempore *bona fide* per heredem gesta sunt rata conseruari solent ' non ha per noi alcun valore pratico.

Per ciò infatti che riguarda i mobili, compresi fra essi quelli che costituiscono un' universalità, o hanno cessato di essere immobili per destinazione ([1]), le alienazioni che l' erede ne avesse fatto, sia *prima* che *dopo* la separazione, sono pienamente valide, e i creditori non possono ricuperarli presso i terzi possessori valendo il principio che il possesso dei mobili equivale a titolo (art. 707) ([2]), a meno che non si tratti di possesso di mala fede. In ogni caso resta loro salvo il diritto di separare, se il prezzo di alienazione non fosse stato ancora pagato all' erede a norma dell' art. 2061 ([3]).

Non bisogna però prendere alla lettera la parola ' non ancora pagato ', come giustamente osserva il Melucci ([4]), nel senso che esso non debba essere stato effettivamente sborsato dall' acquirente; ma piuttosto nel senso che quantunque pagato all' erede pure, per circostanze estrinseche di fatto, è possibile distinguerlo dai beni dell'erede e colpirlo con la separatio.

Sembrerà che a questo modo si venga ad allargare di molto la portata della frase ' non ancora pagato '. Ma se si considera che il legislatore non poteva esprimersi altrimenti trattandosi di numerario la cui confusione avviene d' ordinario col pagamento, e che d' altra

---

([1]) Cfr. LOSANA, op cit, pag. 123.

([2]) Cfr. Cod. vallese, art. 901.

([3]) Cfr. Codice argentino, art. 3440 ; Cod. vallese, art. 902.

([4]) MELUCCI, op. cit., pag. 160.

parte la confusione è questione di fatto, che non soffre alcuna delimitazione a priori, è facile convincersi come lo spirito della legge con quell' interpetrazione non viene ad esser violato.

Suppongasi ad es. che l' erede abbia riscosso il prezzo per mezzo di un terzo mandatario e l' abbia fatto depositare: in questo caso, potendosi provare luminosamente la provenienza della somma in deposito, con quale equità si vorrebbe negare ai creditori ereditarî il diritto di colpirla colla separatio?

E nell' altro caso pur possibile che l' erede venda una cosa mobile dell' eredità a un suo creditore personale, e che col prezzo ne compensi il suo debito è benissimo applicabile l' art. 2061. Poichè se l' unico ostacolo allo esperimento del commodum separationis è la confusione materiale dei beni dell' erede e del defunto, e la impossibilità di distinguerli, là dove tale distinzione, per circostanze di fatto, risulta netta è logico ed equo che possa farsi valere la facoltà di separare [1].

Credo infine che l' art. 1354 possa applicarsi in tutte quante le controversie in cui si tratti di provare fatti e circostanze da cui si cerca far spiccare l' avvenuta confusione [2].

65. Per quanto poi si riferisce ai beni immobili l'articolo 2062 dispone che ' le ipoteche iscritte sugli immobili dell' eredità a favore di creditori dell' erede e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi, non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatarî che ottennero la separazione nell' anzidetto termine di tre mesi '. Ciò significa che il diritto della separazione si esplica a norma dell' art. 2060 riguardo agli immobili mediante l' iscrizione del credito o del

---

[1] MELUCCI, op. cit., pag. 160 e segg.

[2] MELUCCI, op. cit., pag. 164; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., pag. 256.

legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati, la quale retroagisce al giorno dell'aperta successione (art. 2062), e produce un diritto di seguito dei beni da essa affettati nelle mani di coloro presso cui si trovano indistintamente ([1]).

66. Questo diritto di seguito sancito dal legislatore in modo così assoluto però non costituisce altro, come ben osserva il Melucci ([2]), che una facoltà dei creditori, i quali conservano benissimo la scelta di perseguire la cosa alienata nelle mani dei terzi o di contentarsi di esperire il commodum separationis sul fondo ad es. dall'erede permutato con quello della successione, o sul prezzo di esso che eventualmente non è stato pagato.

A questa conclusione accedono il Levi, il Pacifici-Mazzoni e il Laurent, mentre la respingono il Pochintesta e il Losana, quest'ultimo servendosi di un argomento di assai dubbio valore logico ([3]).

([1]) Melucci, op. cit., pag. 96.

([2]) Così sancisce il Cod. argentino, art. 3449. Levi, op. cit., pag. 128; Pacifici-Mazzoni, op. cit., l. c. n.° 231; Laurent, op. cit., vol. X, n.° 23; Pochintesta, Privilegi ed ipoteche, n.° 523; Losana, op. cit., pag. 127. Quest'ultimo crede che non si possa in nessun modo agire sul prezzo non ancor pagato all'erede perchè ciò sarebbe un riconoscere la validità della vendita, proprietario l'erede, e quindi far novazione col medesimo. Per l'egregio autore infatti, come meglio si vedrà appresso, la separatio presuppone il disconoscimento dell'erede per debitore: e novazione si ha, secondo lui, se il creditore del defunto lo riconosce tale, anche senza atti positivi: il caso in esame ne sarebbe un esempio. Quanto questo concetto di novazione sia poco d'accordo coll'art. 1267 non è bisogno dirlo. Del resto ne parlerò a luogo opportuno. Cfr. cap. X, n.° 92 e segg.

([3]) Tale articolo così severo, ma efficace in pratica, su cui tornerò appresso nel cap. XI, non si trova in nessun codice, tranne nel chileno [art. 1384], e nel vallese [art. 902]. Poichè il Cod. dell'Uraguay [art. 1143], il ginevrino [art. 880, al. 1], il neerlandese [art. 1154], il sassone [art. 2341], l'argentino [art. 3440], accolgono il principio papinianeo

È inutile aggiungere che resta sempre salvo ai creditori, laddove vi concorrano gli estremi, il diritto di esperire l' azione pauliana contro tutti gli atti dell' erede diretti a frodarli in qualsiasi modo (art. 1235).

67. Fissati questi principî, è facile riconoscere come restano esclusi dalla separazione tutti quei beni o diritti che sono pervenuti all' erede per mezzo esclusivo di questa sua qualità, o gli altri personali del defunto, quali ad es. l' uso, l' usufrutto e l' abitazione.

È quindi inesatto quanto qualcuno ha detto troppo generalmente, che è sottoposto alla separatio tuttó ciò che l' erede ha acquistato in virtù dell' avvenuta successione.

E per convincersi che tale mia affermazione sia vera, basta osservare come, stando a quel principio, dovrebbero rientrare nella sfera obbiettiva del commodum separationis cose che assolutamente non facevano parte del patrimonio del defunto al momento della sua morte, e su cui quindi non possono accampar pretesa di garanzia i suoi creditori.

In occasione della successione, infatti, ma non dipendenti *immediatamente* da questa, possono pervenire all' erede dei beni ricuperati per azione di riduzione di liberalità compiute dal defunto in vita, o per effetto di collazione (¹), o acquistati mediante sentenze liquidatrici di somme a titolo di riparazioni civili che l' erede avesse ottenuto contro gli uccisori del defunto, o ricevute solo

---

' quae medio tempore *bona fide* per heredem gesta sunt, rata conseruari solent' in quanto lasciano senz' altro valide le alienazioni compiute prima dell' esercitata facultas separandi entro il termine prescritto, senza farne *retroagire* gli effetti al giorno dell' aperta successione, come il nostro codice.

(¹) Demalombe, op. cit., XVII, n.° 129; Aubry e Rau, op. cit., VI, pag. 478, § 619, not. 23; Huc, op. cit., V, n.° 426. Il Cod. argentino [art. 3441] sancisce legislativamente il principio.

per il fatto stesso della morte del testatore, come sarebbe a dire i capitali sborsati da compagnie di assicurazione della vita e che il testatore avesse ordinato al momento dell' assicurazione venissero pagati agli eredi (1).

Su tutti questi beni i creditori non potrebbero esperire la facultas separandi, per la semplice ragione che su di essi nessun diritto di garanzia vantavano vivendo il de cuius, diritto che a mezzo della separatio si dovrebbe conservare integro.

68. Una questione importante è quella che si riferisce all' applicazione della nota massima 'fructus augent hereditatem', a cui alcuni scrittori vorrebbero dar posto in questo campo.

Per il Laurent, infatti, il Pacifici-Mazzoni e l'Aubry e Rau (2) nessun dubbio che i frutti naturali e civili prodotti dalle cose ereditarie dopo l' apertura della successione debbano esser compresi nella sfera obbiettiva di applicazione della separatio.

Ma tale idea è assolutamente da respingersi. Essa proviene da quel falso concetto che comunemente si ha dell' acquisto per successione del patrimonio ereditario, considerato come un tutto ideale e concepito quale oggetto unico, e non già dei singoli diritti che lo compongono e di cui con un unico atto l' erede acquista la proprietà, e dall' altro più falso ancora della separatio quale efficace a produrre la separazione effettiva dei beni ereditarî da quelli dell' erede, facendo rivivere spiritualmente il patrimonio del defunto e infondendovi una esistenza a sè (3).

---

(1) Cfr. su quest' ultimo caso LOSANA, op. cit., pag. 81.

(2) LAURENT, op. cit., vol. X, n.° 22; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., n.° 231; AUBRY e RAU, op. cit., vol. VI [1873], § 619, pag. 477.

(3) Si veda la critica fatta a questa illusoria astrazione dal BONFANTE, L' eredità e il suo rapporto coi legati, nel *Bollettino dell' istituto di diritto romano*, vol. VII, pag. 176 e segg., e nel seguito di questo lavoro, cap. XI.

Da questi principî era logico venire alla conclusione che i frutti, accessorî del principale, cioè dell' hereditas, avrebbero dovuto conservarsi a garanzia dei creditori. Ma per me che ho tutt' altro concetto della successione ereditaria e credo essa costituisca soltanto una pura causa d' acquisto patrimoniale dei singoli diritti e beni che rappresentano il contenuto del patrimonio del defunto, per mezzo della quale l' erede subentra nella stessa posizione giuridico-patrimoniale di quest' ultimo, è abbastanza intuitivo come l' esposta opinione sia considerata erronea sotto duplice punto di vista: da quello della costruzione dommatica dell' istituto della separatio e da quello della sua pratica esplicazione nel nostro diritto positivo.

E fermandomi solo per adesso a quest' ultimo faccio notare l' assurdità di quella idea rimandando all' articolo 2060 del cod. civ., il quale stabilisce che il diritto della separazione si fa valere sui beni immobili mediante iscrizione del credito sopra ciascun immobile, presso l' ufficio delle ipoteche del luogo dove sono situati. Ora è evidente che tale iscrizione non produce per nulla un diritto sui frutti degli immobili sui quali grava dal momento in cui è stata presa — e che trattandosi di separatio retroagisce al giorno dell'aperta successione — e non toglie assolutamente all'erede istituito la proprietà dei beni suddetti e quindi il diritto di far suoi i frutti a norma dell' art. 444.

Ogni distinzione quindi tra frutti percepiti prima o dopo l' esercizio della facultas separandi tendente a conciliare la massima ' fructus augent hereditatem ' con l' istituto della separatio (1) è quindi del tutto superflua (2).

---

(1) Come ad es. il GRENIER, Traité des hypothèques, vol. II, n. 436.

(2) MELUCCI, op. cit., pag. 102 e segg., viene alle identiche conclusioni. Il Cod. argentino [art. 3439] accorda la separatio pei frutti naturali e civili dei beni ereditarî prodotti dalla morte in poi: bisogna però provare tale origine.

69. Parimenti il falso concetto del patrimonio quale uniuersitas iuris acquistato per successione ha fatto sostenere a degli scrittori una pretesa indivisibilità del diritto di separazione, nel senso che esso può esercitarsi soltanto sull' intero patrimonio posseduto dal defunto, e non già sopra una parte di esso, aiutati in quest'opinione dalle parole della legge che agli art. 1032 e 2055 parla di 'separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede'.

Ma è ovvio pensare come ciò non sia corrispondente al vero, in quanto i creditori ereditarî possono benissimo esperire la loro facultas separandi su parte dei beni della successione, garantendo i loro diritti con l' iscrizione in separazione su determinati immobili.

Ugualmente deve affermarsi per i beni mobili, sebbene in simile caso la pratica attuazione del principio presenti delle difficoltà.

CAPITOLO IX

Come si ottiene la separatio

70. Importanza processuale dell' istituto. — 71. Come si esercita riguardo ai beni mobili. Domanda giudiziale. — 72. Limiti dell' esame del giudice. — 73. Se può invocarsi in via d' eccezione o d' incidente. — 74. Contro chi deve proporsi. — 75. Criterî per stabilire la competenza del giudice. — 76. Disposizioni per la conservazione dei beni mobili. — 77. Riguardo ai beni immobili. Iscrizione d' ipoteca. — 78. Disposizioni speciali per l' iscrizione di quest' ipoteca e per la sua validità.

70. Ho senz' altro seguìto anche qui la distribuzione della materia adottata pel diritto romano per le medesime ragioni sostanziali. Perchè se la parte processuale dell' istituto nel diritto antico è la chiave di volta che permette di comprenderne pienamente ed esattamente la sua funzione e l' entità giuridica, nel diritto odierno conserva l' eguale importanza e nello stesso tempo serve a distruggere alcune idee erronee, che oscurano colla loro ombra una netta concezione della vera figura dogmatica dell' istituto, purtroppo velata anche dal nome con cui esso è indicato nei codici moderni. La esplicazione pratica del commodum separationis infatti, dimostrerà all' evidenza come sia del tutto falsa quell' idea fondamentale, che tortura gli scrittori della materia per la sua

retrosia logica nel piegarsi plastica a comprendere e spiegare la figura e, quale ratio decidendi, tutti gli effetti della separatio: l'idea cioè che la separatio annulli l'aditio hereditatis, e serva a staccare materialmente tutto il *patrimonio* del defunto da quello dell'erede, che rivive quindi autonomo quale uniuersitas, unico e diretto debitore di fronte ai creditori ereditarî.

71. Nell'esporre il modo con cui si ottiene la separatio è necessario distinguere il caso in cui essa si eserciti su beni mobili, da quello in cui si fa valere su beni immobili, differendo profondamente nel nostro diritto la procedura nelle due ipotesi.

L'art. 2059 del codice civile sancisce che 'il diritto alla separazione riguardo ai beni mobili si esercita col farne domanda giudiziale'.

Nel codice di procedura poi l'art. 900 stabilisce che 'la domanda di separazione dei beni mobili di cui nell'art. 2059 cod. civ. si propone contro l'erede o altro rappresentante legittimo dell'eredità davanti il pretore del mandamento in cui si aprì la successione, se il valore dei mobili non ecceda lire millecinquecento, e se ecceda, avanti il tribunale in via sommaria'.

Come si scorge, essenziale perchè possa ottenersi la separatio è la domanda. La quale però si limita soltanto ai beni mobili [1], sebbene il codice dica in parecchi punti

---

[1] Invece per il diritto francese dev'essere domandata giudizialmente anche per gl'immobili. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., vol. III, pag. 242 e segg. Così pure pel bavarese. Cfr. ROTH, op. cit., pag. 197 e nota 4. Cod. sassone, art. 2333. Cfr. SIEBENHAAR, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts [Leipzig 1872], pag. 813. Cfr. il commentario al codice sassone di questo stesso autore [art. 2333]. Cod. friburgese [art. 980, 981]; Cod. di Vaud [art. 793]; di Ginevra [art. 878]; vallese [art. 889]; zurighese [958]; più esplicitamente il Cod. neerlandese parla di 'intentare l'azione in separazione' [art. 1154]. Il Codice chileno [art. 1385] accenna al 'decreto' col quale si concede la 'separatio'.

e senza riferirsi tassativamente ai mobili che la separatio debba essere domandata: art. 1032, 2055, 2063.

72. La separatio quindi dei beni mobili — intesi questi nel senso già visto a norma degli art. 417 e segg. del cod. civ. — esige una citazione speciale da presentarsi all'autorità giudiziaria che su di essa deve pronunziarsi. La decisione però non può menomamente entrare nell'esame dell'obbiettivo valore dei titoli su cui si fonda la qualità di creditore ereditario, ma limitarsi ad ordinare la separazione, la quale non consistendo in altro che in un mezzo conservativo e cautelare può accordarsi, dappoichè solo allorquando si tratta di farne valere gli effetti si devono esaminare i titoli su cui poggia la qualità di creditore, o, in altri termini, la consistenza del titolo stesso.

Ciò, del resto, può desumersi, anche a prescindere dall'accenno del rito sommario fatto nell'art. 900 cod. proc., argomentando dall'ultimo alinea dell'art. 2060 cod. civ., il quale dice che per l'iscrizione in separazione su beni immobili 'non è necessaria l'esibizione del titolo'.

73. Questo esame però non può evitarsi allorquando ci si trovi in casi diversi da quelli contemplati dall'art. 2059. Poichè non è a credersi che l'unico modo con cui si eserciti la facultas separandi riguardo ai beni mobili sia la domanda giudiziale. Infatti è con opinione unanime riconosciuto dagli scrittori, che essa può esplicarsi per via di eccezione — eccezione in senso improprio — ed anche incidentalmente. In tale evenienza la eccezione spiegata dai creditori ereditarî, ne costituisce la domanda, ed obbliga il giudice competente ad entrare in merito di essa, dovendo tener conto delle contrarie deduzioni degli interessati, avverso cui l'eccezione di separazione si propone, ed essendo costretto a decidere non più solo in riguardo ad una pura cautela, ma sul-

l' efficacia attuale del privilegio, conseguenza immediata della separatio concessa.

Non bisogna però credere che solo in questi casi tale esame di titoli è permesso: inquantochè nel giudizio nel quale vien chiesta la separatio di beni mobili possono, volendo, intervenire gli interessati a che essa non venga accordata, ed opporre alla domanda proposta tutte quelle eccezioni e deduzioni utili, a norma dell' art. 510 codice proc. civ., ed anche opporsi in qualità di terzi alla sentenza la quale accoglie la domanda ed ordina la separatio.

È da aggiungersi poi che tale domanda può proporsi, sempre entro il tempo utile, anche in grado d'appello, purchè non costituisca una nuova domanda ai sensi dell' art. 490 del cod. di proc. civ.

In simile caso, se avanzata, deve senz' altro respingersi d' uffizio. È quindi chiaro che solo come eccezione ed incidentalmente essa è possibile prenda vita, poichè se i legatarî e i creditori fungessero nel giudizio da attori cade.

74. L' art. 900 cod. proc. civ. dice che la domanda di separazione si propone contro l' erede o altro legittimo rappresentante dell' eredità, a differenza del codice Napoleonico, il quale disponeva doversi avanzare contro i creditori dell' erede.

Chi debba intendersi per ' rappresentante legittimo dell' eredità ' è facile a sapersi per poco che si pensi al modo con cui nel nostro diritto positivo si acquista la successione e con cui si provvede sino a che l' eredità non sia stata accettata (art. 764 cod. civ. capov.), o lo sia stata condizionatamente (art. 857-860), o fosse giacente (art. 980 cod. civ.).

75. Nel citato articolo 900 cod. proc. civ. si dispone pure riguardo alla competenza per valore e per luogo

del magistrato da adirsi secondo le regole comuni. Cosicchè se si tratti di beni mobili il cui valore non superi le millecinquecento lire sarà competente il pretore del mandamento del luogo in cui sia aperta la successione: e nel caso che quello ecceda tale somma dinanzi il tribunale civile.

Riguardo al modo poi con cui deve calcolarsi il valore dei beni mobili, è l'art. 80 cod. proc. civ. che dà le norme necessarie. E cioè il valore della causa è determinato dall' attore nella sua domanda, e nel caso che non lo determini si presumerà che sia del giudice adito, salvo che l'erede, o chi per lui, non l'impugni.

76. La sentenza del giudice che delibera sulla chiesta separatio deve contenere anche, trattandosi di beni mobili, le disposizioni necessarie a che il diritto dei creditori non venga in qualche modo menomato, specie dopo che è stato solennemente riconosciuto, e l'art. 902 cod. proc. civ. dispone appunto che l'autorità giudiziaria la quale pronunzia la separazione, ordina l'inventario dei beni mobili se non sia stato ancora fatto e dà i provvedimenti necessarî per la loro conservazione.

L'inventario però non è sempre necessario, come ad es. nel caso che i creditori non domandassero la separatio dell' intero asse mobiliare, ma specificatamente di alcuni beni mobili individualizzati e certi [1].

Da non confondersi coll' inventario sono i provvedimenti necessarî che il giudice ordinerà per la conservazione dei beni mobili, su cui è stato già riconosciuto potersi esercitare il commodum separationis, poichè l'ufficio dell' inventario è soltanto quello d'impedire che avvenga la confusione, per cui dopo riesca impossibile distinguere i beni del defunto.

---

[1] Cfr. LOSANA, op. cit., pag. 107.

La formola della legge poi è abbastanza generale e non specifica tali provvedimenti, essendo impossibile il farlo, lasciando ampia facoltà al magistrato di statuirli caso per caso di fronte a speciali esigenze di fatto che nessun legislatore può prevedere e sancire.

Non è poi assolutamente necessario che tali provvedimenti siano *sempre* ordinati dall'autorità giudiziaria che pronunzia la separazione, inquantochè possono verificarsi evenienze nelle quali vi sia il pericolo imminente di perdersi i beni mobili su cui si è avanzata domanda di separazione. Il codice di procedura dà quindi agli interessati i mezzi atti allo scopo. Uno di questi sarebbe ad es. l'apposizione dei sigilli, (art. 884, n.° 4, cod. proc. civ.).

77. Profondamente diversa è la procedura per l'esercizio della facultas separandi trattandosi di immobili. E la ragione precipua di tale differenza deve ricercarsi nella natura dei beni su cui quella si esercita, in particolare per ciò che riguarda il modo speciale d'alienazione.

Qui infatti non si richiede alcuna domanda giudiziale, nè alcuna sentenza di magistrato [1].

L'art. 2060 dispone che 'lo stesso diritto si esercita mediante l'iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situati'.

'L'iscrizione si esegue nei modi indicati dall'articolo 1987, aggiungendovi il nome del defunto e quello dell'erede, se è conosciuto, e la dichiarazione che viene presa a titolo di separazione di patrimonî'.

'Per tale iscrizione non è necessaria l'esibizione del titolo'.

---

[1] Cfr. per ciò che riguarda in proposito gli altri diritti stranieri la nota 1 del n.° 71, pag. 142.

Come si vede, la facultas separandi su beni immobili si esplica in due momenti: in un primo con l'iscrizione del credito, ma con effetti semplicemente conservativi, perchè, nel secondo, per produrre le conseguenze finali ed effettive è necessario l'intervento della autorità giudiziaria, solo la quale, decidendo in contraditorio ed entrando nel merito della esercitata separazione, ne accorderà gli effetti col dichiarare valida l'iscrizione dell'ipoteca. È bene però avvertire fin d'ora, per parlarne appresso più ampiamente, che la prelazione della separazione non dipende menomamente dall'ipoteca, ma da un vero e proprio privilegio [1].

78. La fallacia di quella teoria che vorrebbe considerare la separatio quale diretta a costituire del patrimonio del defunto un'entità a sè, autonoma, conseguenza di quell'altra non meno fantastica idea che il patrimonio del defunto considera dopo l'accettazione dell'eredità come un'unità ideale, trova la conferma in quest'art. 2060 del cod. civ. Poichè è condizione *sine qua non* se i creditori vogliono godere dei benefici effetti della separatio che essi si iscrivano a titolo di separazione su ciascun immobile della successione. Un'iscrizione complessiva non avrebbe alcun valore.

Come priva di quell'efficacia che si cerca sarebbe se l'iscrizione non portasse la dichiarazione espressa che si fa a titolo di separazione. Ritengo quindi che tale inefficacia non possa esser subordinata alla prova che realmente l'intenzione degli iscriventi era quella di separare, quantunque in senso contrario la pensi il

---

[1] Cfr. appresso n.° 104. Il commodum separationis si esercita sugli immobili mediante iscrizione ipotecaria del credito su ciascun immobile ereditario anche nel Cod. del Cantone di Ginevra [art. 2011], nel vallese [art. 901], nel neerlandese [art. 1154].

Losana ([1]), il quale cita in appoggio una sentenza della Corte di cassazione di Torino ([2]).

Accennai più su che a differenza del codice francese, il nostro stabilisce in modo assoluto che nessun titolo è necessario perchè il conservatore delle ipoteche possa procedere all' iscrizione in separazione. Cosicchè ogni creditore può esercitare la facultas separandi e pigliare ipoteca, sia il suo credito liquido o controverso, o sottoposto a delle condizioni, o proveniente da obbligazione naturale ([3]).

Tutte le disposizioni poi relative all' iscrizione di ipoteca ed enumerate negli art. 1997 e 1968 del cod. civ. in quanto sono concordanti con le altre particolari dell' art. 2060 si applicano all' inscrizione in separazione.

([1]) LOSANA, op. cit., pag. 117.

([2]) Dec. 25 giugno 1890, inserita nella *Giurisprudenza Italiana* del 1890, pag. 481. Però la Corte d'appello di Roma, 10 gennaio 1874, [*Annali*, VIII, II 95] e la Cassazione di Torino, 23 dic. 1873, [*Annali*, VIII, I, 1,110] ritennero che l'iscrizione eseguita al di là dei tre mesi non vale come iscrizione legale d' ipoteca e non produce alcun effetto nemmeno di fronte ai creditori chirografari dell' erede.

([3]) Cfr. n.° 46-47.

CAPITOLO X

Limitazioni all'esercizio della facultas separandi e sua estinzione

79. Se la facultas separandi presupponga l'insolvibilità dell'erede. — 80. Se il beneficium inuentarii limita la facultas separandi. — 81. Se la giacenza dell'eredità abbia lo stesso effetto. — 82. Se la separatio può esser inibita o rinunziarsi in precedenza. — 83. Se può esplicarsi nonostante la assenza dell'erede. — 84. Se lo stato di fallimento dell'erede la impedisce. — 85. Se la cauzione prestata dall'erede estingue la facultas separandi. — 86. Le eventuali riduzioni dei legati ne limitano l'esercizio. — 87. Deve esercitarsi entro tre mesi dalla morte del debitore. — 88. Se si perde per prescrizione o per decadenza. Effetti della decisione. — 89. Come si computa il termine di tre mesi. — 90. Altre conseguenze del carattere di decadenza dei termini utili assegnati all'esercizio della facultas separandi. — 91. La confusione ereditaria e la sua influenza sulla separatio. — 92. Novazione del creditore ereditario coll'erede. Art. 2056 e sua interpetrazione. — 93. Critica dell'interpetrazione comune.

79. Nel diritto positivo italiano, e nel moderno in genere [1], non esiste quella limitazione che si è vista

[1] L'Allgemeines Landrecht del 1794, I, 16, § 507-9, accordava il commodum separationis solo in caso di fallimento dell'erede. Cfr. Preussische, Konkursordnung, §§ 37, 256 e seg.; Reichskonkursordnung, § 43; Cfr. Dernburg, op. cit., pag. 689, II. Il Brini nel suo *Schema per un Codice Civile nella Repubblica di S. Marino* [Bologna 1898] ha trattato del commodum separationis a proposito dei concorsi, § CCCXXVIII, pag. 283.

invece nel romano, riguardante l'esercizio della facultas separandi, inquantochè la condizione d'insolvenza, attuale o potenziale, dell'erede che in questo costituiva un presupposto di fatto, da provarsi *sine qua non*, per esperire la separatio, non si riscontra nel diritto nostro. Lo si desume chiaramente dalla procedura richiesta per ottenere la separazione rispetto ai beni immobili; nè costituisce ostacolo all'ammetterlo la domanda giudiziale voluta dalla legge trattandosi di beni mobili (art. 2059), inquantochè l'autorità competente adita, se non interviene l'erede a contraddirla, non dovrà limitarsi ad altro se non ad accogliere la domanda di separatio, senza scendere allo esame dei titoli su cui si fonda il diritto di credito o il legato, a meno di non violare l'art. 2060, alinea 3.

La ragione di tal diversità sta in ciò. Che nel diritto italiano la separatio ha principalmente un carattere in modo spiccato conservativo e cautelare e si esplica in più momenti distinti. Ed è solo per il diritto di oggi che deve accogliersi l'opinione del Windscheid e di altri altrove combattuta [1], e precisamente per l'esposto motivo processuale.

Ma se l'esercizio della facultas separandi nel diritto italiano non presuppone che l'erede sia fallito, come il diritto tedesco, richiede però, e necessariamente, la presenza di creditori dell'erede perchè possa esplicare in pratica i suoi effetti nascenti dalla presa iscrizione [2].

---

[1] Cfr. cap. III, pag. 37 e segg.

[2] Nel diritto austriaco non è necessaria la dimostrazione del pericolo da parte dei creditori del defunto o la fondatezza della invocata separatio. Cfr. BURCKHARDT, System des österreichischen Privatrechts, Wien 1889, Parte III, § 189, n.° 27. Similmente una 'prova rigorosa' non si richiede per il diritto zurighese. Cfr. SCHNEIDER, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich allgemeintazzlich erläutert, [Zurigo 1888] § 958, Am. 2. Per tutti quegli altri diritti nei quali ugualmente si richiede la domanda e la corrispondente autorizzazione del giudice per esperire la facultas separandi è da ammettersi che una certa prova del pericolo da parte dei creditori ereditari debba darsi.

Il Losana afferma il contrario. Egli scrive che ' l' art. 2055 non assegna quale obbiettivo della separazione la semplice *preferenza* dei creditori del defunto su quelli dell' erede, ma bensì il *soddisfacimento* dei creditori del defunto, col costui patrimonio, preferibilmente ai creditori dell' erede. La differenza è enorme perchè nel primo caso l' esistenza di creditori dell' erede è condizione *sine qua non* acciò la separazione possa esercitare il suo ufficio e raggiungere il suo intento; nel secondo caso la preferenza sui creditori dell' erede figura quale beneficio *meramente ulteriore e conseguenziale* della separazione, il cui scopo vero ed immediato si è di procurare il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori che l' hanno domandata ' (1).

Ma che tale affermazione manchi del tutto di base si vede guardando la funzione originaria e attuale dell' istituto in esame.

Siccome per l' art. 1948 chi si obbliga è tenuto con tutti i suoi beni all' adempimento delle obbligazioni contratte, i suoi creditori hanno sul suo patrimonio in virtù dell' art. 1949 una garanzia uguale e comune, a meno che non esistano cause legittime di prelazione. Morto il debitore e passati i suoi beni all' erede, i creditori di quest' ultimo, sempre a norma dell' art. 1948, estendono su tali beni la loro garanzia, limitata prima solo a quelli originarî dell' erede, e per l' art. 1949 su questi nuovi beni hanno diritto a concorrervi *egualmente* con i creditori del defunto. I quali per tale concorso possono veder menomate le garanzie che avevano al momento della morte del loro debitore, se non possiedono speciali cause di prelazione. E la separatio appunto ha lo scopo di creare una causa di prelazione atta a modificare l' eguale e comune garanzia stabilita dall' art. 1949. Modificarla però, rispetto a chi per il fatto suo avrebbe alterato e

(1) LOSANA, op. cit., pagg. 166-7.

menomato la garanzia originaria che i creditori del defunto obbligato avevano per l'art. 1948 sui suoi beni: rispetto cioè a chi posteriormente aveva esteso, per la avvenuta successione ereditaria, la garanzia dei proprî crediti su tali beni: rispetto insomma ai creditori proprî dell'erede.

Posto ciò, è facile vedere come la conclusione del Losana sia da respingersi. Essa è dovuta a un deplorevole capovolgimento di principî e di idee sulla materia, e al non aver tenuto presente lo scopo e la funzione dell' istituto.

Certo, data la procedura con cui formalmente si esplica la separazione è possibile che un creditore del defunto possa iscrivere un' ipoteca sopra un immobile senza esibire il titolo. Ma, anche quando ciò sia avvenuto, è parimenti certo che tale iscrizione è senza alcun valore ed efficacia, sterile e improduttiva di effetti pratici, se mancano i creditori dell' erede. Essa in tanto ha valore e concede una prelazione nel soddisfacimento in quanto esistono quelli contro cui si esplica (1).

80. Occorre qui esaminare se fra le cause che limitano l'esercizio della facultas separandi possa comprendersi il beneficium inventarii chiesto dall' erede al momento di accettare l'eredità o nei tre mesi dall'aperta successione.

---

(1) In senso conforme — che cioè la separazione implichi l'esistenza di creditori dell'erede — si è pronunciata la giurisprudenza in modo quasi del tutto prevalente. Si vedano: dec. della Cassazione di Torino 4 dic. 1880. [*Foro Italiano,* vol. VI, pag. 800]; Corte d'Appello di Modena, dec. 2 febbraio '81 [*Foro It.*, VI, I, pag. 1226]; Corte d'Appello di Bologna, 9 aprile 1897 [*Giurisprudenza ital.*, 1897, I, 2, 397]; Cassazione di Torino, 11 giugno '97 [*Giurisprud. Torinese*, 2897, pag. 1012].

KOEPPEN, op. cit., pag. 219; SEUFFERT nell' *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. XIII, n.° 173; LAURENT, op. cit., X, n.° 11. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., vol. III, pag. 247 e segg. e la giurisprudenza francese ivi citata.

A dire il vero tale esame si potrebbe risparmiare in presenza dell' art. 2058 del nostro codice: 'L'accettazione dell' eredità col benefizio dell' inventario non dispensa i creditori del defunto e i legatarî che intendono valersi del diritto di separazione dall' osservare quanto è stabilito in questo titolo'.

Ma siccome di tale questione gli scrittori e la giurisprudenza si son lungamente occupati, anche per fissare il contenuto e la portata del citato articolo, e la discordia più stridente è la caratteristica delle corrispondenti conclusioni e decisioni, discordia la quale ha la sua base nella diversità delle premesse da cui si partono, specialmente nel non aver ben fissato e il fondamento e la funzione del beneficio dell' inventario, e nel non aver posto il problema nei suoi veri limiti ristretti, alla questione in parola, così è necessario scendere a quell' esame.

Una critica minuta delle opinioni espresse è fuor di posto, e, del resto, non servirebbe al mio scopo (1). Svilupperò, invece, le mie idee e gli argomenti che le sostengono contro le altre opinioni opposte alla mia.

E, a mio parere, il solo punto che deve esaminarsi per stabilire se il beneficium inuentarii impedisce e limita l' esercizio della separatio consiste in questo: se gli effetti che esso produce coincidono perfettamente con quelli della separatio, di guisa che lo scopo ultimo cui questa tende sia completamente nello stesso modo raggiunto. Ogni altra discussione è superflua.

L' art. 968 determina i vantaggi che dà il beneficio dell' inventario all' erede:

'Che non sia tenuto al pagamento dei debiti ereditarî e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti e possa liberarsi col cedere tutti i beni dell' eredità ai creditori e ai legatarî'.

---

(1) Si veda la discussione che di tali divergenti opinioni fa il Melucci, op. cit., pagg. 376-397.

' Che non siano confusi i suoi beni proprî con quelli dell' eredità e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti '.

Come si vede, scopo e funzione del beneficium inuentarii nel diritto odierno è quello del romano: limitare l' infinita responsabilità dell' erede ai beni della successione. Sostanzialmente quindi il citato articolo riproduce il concetto fondamentale della celebre costituzione del 530 dell' ' in tantum teneri quantum ualere bona hereditaria contigit '.

Ora gli effetti specificati dall' art. 968 sono comuni a quelli che produce la separatio?

Dall' unanimità, o quasi, degli scrittori si risponde: il beneficio dell' inventario produce una separazione di patrimonî e quindi una limitazione dei creditori personali dell' erede al soddisfacimento dei loro diritti sui beni della successione, nel senso che su di essi non possono concorrere insieme agli aventi causa del defunto, ma solo quando questi e i legatarî fossero stati soddisfatti. Identico lo scopo della separatio: quindi finchè durano tali effetti dell' inventario è superfluo chiedere la separatio.

Viceversa io affermo risolutamente: è una fantasia il sostenere che il beneficio dell' inventario abbia una funzione identica a quella della separatio, effetti che quindi la escludono *finchè ci sono*, ma che, potendo essi cessare da un momento all' altro, autorizzano i creditori interessati a valersi della facultas separandi. I due istituti come si è visto non coincidono per nulla e hanno scopo e funzione assolutamente diversi; differiscono, come scrive Laurent (1) ' quant au principe, quant au condition et quant au effects ': nessuna conseguenza, nemmeno formale, hanno identica, e quindi l' invocare

---

(1) Laurent, op. cit., X, n.o 76.

la loro incompatibilità dovuta ad unicità — per quanto temporanea — di effetti è un errore. Errore il quale ripete la sua origine nella falsa interpetrazione dell'inciso del codice (art. 968) 'che non siano confusi i suoi beni proprî con quelli dell'eredità' e nel concetto che della separatio suole comunemente aversi quale effettiva materiale scissione di due patrimonî.

Ma quelle parole dell'art. 968 significano, come ho già fatto notare, ben altro e l'idea di una divisione di patrimonio è per sè stessa sbagliata. Poichè anzitutto è una fantasia considerare l'eredità come un tutto a sè, unico ed ideale dopo l'aditio, e in secondo luogo perchè la separatio non si esplica altrimenti che come individualizzazione di singoli beni ereditarî, su cui *singolarmente* si intende far valere un privilegio in confronto di terze persone.

Il disposto dell'art. 2058 non fa altro quindi che affermare quanto ho sin qui detto. Serve cioè a sancire il diritto a separare anche quando l'eredità è beneficiata, appunto perchè i creditori del defunto si trovano in tal caso nelle medesime condizioni di un'accettazione pura e semplice da parte dell'erede: esposti cioè al pericolo di veder concorrere sui beni dell'eredità anche terzi creditori con evidentissimo loro danno [1].

---

[1] Alla mia idea è conforme il KOEPPEN, op. cit., pag. 219 e pag. 213, n.° 3, e DERNBURG, op. cit., § 233 [vol. III] n.° 5. Cfr. in proposito RICCI, op. cit., IV, 70-1 e X, 516; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., vol. V, pagg. 138, 377, 466. LOSANA, op. cit., pag. 180 e segg. Si sono pronunciate in favore dell'opinione sostenuta nel testo: la Corte d'App. di Messina, 10 settembre 1878 [*For. ital.*, 1878, I, I, 1197]; la Corte di Cassazione di Roma, 10 dicembre 1878 [*Foro ital.*, 1879, I, 996]; Corte di Cassazione di Palermo, 13 dicembre 1879 [*Circolo Giuridico*, 1880, pag. 164]; Corte d'Appello di Palermo, 18 aprile 1888 [*For. ital.*, 1888, I, 1239, nella motivazione in fine]; Corte d'Appello di Catania, 22 ottobre 1888 [*For. ital.*, 1889, I, 116, in fine]; Corte di Cassaz. di Palermo, 11 febbraio 1890 [*For. ital.*, 1890, I, 206, nella motivazione in fine];

81. Applicando lo stesso metodo di soluzione adoperato nell'esame della questione precedente si desume che nessun ostacolo vieta l'esercizio dell'ius separationis nel caso contemplato dall'art. 980 del nostro codice, nel caso cioè che l'erede non sia noto o gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunziato, restando l'hereditas giacente. In simile evenienza il patrimonio del defunto per una finzione di diritto si reputa un'entità a sè, autonoma, a cui si dà un curatore, il quale l'amministra.

Le ragioni che consigliano la mia conclusione si compendiano in questa soltanto: che lo stato precario di giacenza dell'eredità non impedisce che si abbia dopo qualche tempo un erede, sia che questo divenga noto, sia che chi vi abbia rinunziato receda da tale suo proposito.

Posto ciò, i creditori ereditari si troverebbero nella stessa posizione di veder minacciato il soddisfacimento dei loro crediti, e, se lo stato della giacenza cessa dopo tre mesi dall'apertura della successione, nell'assoluta impossibilità di premunirsi contro gli eventuali danni, se si toglie quel tenue filo che porge l'azione pauliana.

Gli è perciò che la facultas separandi dev'essere concessa senz'altro.

Corte di Cassazione di Palermo [illegible] marzo [illegible] (Giurispr. ital., vol. XLIX, I, 1, [illegible]).

Riassumendo l'opinione dei [illegible] parecchie sentenze che si possono vedere citate in appoggio nella nota adesiva del CASTIGLIONI alla dec. della Corte d'Appello di Brescia [illegible] giugno 1887 (Foro ital., 1887, I, [illegible]), e per [illegible] recentemente la Corte d'appello di Milano 11 sett. 1889 (Foro ital., Rep. voc. Successione, n° [illegible]); la Corte di Cassazione di Torino [illegible] giugno [illegible] (Giurisprudenza Torinese, 1887, pag. [illegible]). Per la giurisprudenza francese poi [illegible] si veda la nota apposta alla dec. della Cassazione di Torino 8 novembre 1884 nel Foro ital. Rep. 1884, voc. Successione, n. [illegible], e BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., [illegible] pag. 222 e segg. [illegible] Sulla questione si cfr. pure [illegible], Questioni di diritto civile (Torino 1890), pag. 15[illegible].

La separazione, del resto, come ho già dimostrato nel capitolo precedente, ha un carattere eminentemente cautelare e conservativo del diritto di credito corrispondente, e non esplica subito i suoi effetti per il solo fatto dell'iscrizione presa sugli immobili dell'eredità, o della concessione relativa da parte dell'autorità giudiziaria nel caso di beni mobili; e d'altro canto io non comprendo come praticamente, nel caso in esame, possa quella facoltà paralizzarsi, non essendovi alcuno che abbia il diritto a farlo.

Nel codice nostro non esiste l'art. 2111 del codice Napoleonico, il quale sancisce a pena di nullità che per pigliare un'iscrizione deve nominarsi il debitore, e in questo caso l'erede, trattandosi di eredità giacente, è sconosciuto. Esistono invece due articoli: il 900 del codice di procedura civile, che dice: 'la domanda di separazione dei beni mobili di cui all'art. 2059 cod. civ. si propone contro l'erede o altro rappresentante legittimo dell'eredità ecc.', e l'art. 2060, alinea 2, il quale sancisce che 'l'iscrizione si esegue nei modi indicati dall'art. 1987, aggiungendovi il nome del defunto e quello dell'erede *se è conosciuto* ecc.', di fronte a cui ogni dubbio è fuori luogo [1].

82. Può la facultas separandi essere inibita dal testatore (trattandosi di legatarî, s'intende), o rinunziata dai creditori al momento in cui vien posto in essere il loro diritto di credito?

Per ciò che riguarda il primo caso nulla si oppone a che il testatore nell'atto di fare una liberalità possa imporre al legatario, a cui nulla doveva, di non servirsi

---

[1] Si veda in questo senso la decisione 25 giugno 1880 della Corte d'Appello di Milano inserita nel *Monitore dei Tribunali*, anno 1880, pag. 689. Contro: la Cassazione di Torino, 11 giugno 1897 [*Giarisprudenza Torinese*, 1897, pag. 1052].

di quella maggiore precauzione per il conseguimento del legato. Tale inibizione sarebbe in fondo una vera condizione e null'altro. Cosicchè l'iscrizione in separazione che il legatario avesse preso sugli immobili ereditarî, contro il divieto espresso dal testatore, è perfettamente inefficace.

In quanto all'altra ipotesi a me sembra che nulla vi sia di strano e di illegale che un creditore rinunzi a tutte quelle maggiori garanzie che possono assicurare il suo credito nell'atto medesimo in cui esso viene a costituirsi, e quindi si può benissimo anticipatamente obbligare a non avvalersi della separatio qualora il suo debitore venisse a morire, e un erede succedendogli, si fosse immediatamente obbligato in vece sua.

83. Un'indagine speciale merita la questione seguente. La facultas separandi soffre limitazioni nel caso di assenza dichiarata dell'erede?

A ognuno sono note le disposizioni legislative che regolano tale istituto importantissimo del diritto. Nè io qui starò a ripeterle, rimandando ai rispettivi articoli del codice (art. 24 e segg.). Richiamo solo qui i due periodi in cui si divide l'assenza: un primo in cui si presume temporanea la mancanza del subbietto di diritto, un altro nel quale si presume che sia morto. Nel primo caso il Tribunale *dichiarerà* l'assenza ad istanza degli interessati, assunte le opportune informazioni dopo il termine stabilito dalla legge, e immetterà nel possesso dei beni gli eredi legittimi o testamentarî — se esistono atti d'ultima volontà dell'assente — dello scomparso. Tale possesso è soltanto *temporaneo* (art. 26) e si ottiene mediante apposita cauzione, determinata volta per volta dalla legge, o mediante quelle cautele credute opportune, e importa un inventario dei beni mobili e una descrizione dei beni immobili. Gli immessi non acquistano altra facoltà se non di amministrare i beni dell'assente, e di ritenerne a loro profitto le rendite.

Nel secondo periodo il Tribunale pronunzia la immissione definitiva nel possesso dei beni, che così divengono proprietà degli eredi, sia legittimi che testamentarî.

In che rapporti sta la facultas separandi con tale istituto? Ne soffre limitazione?

Per qualche scrittore, come il Melucci e il Pacifici-Mazzoni (1), i creditori dell'assente allora possono separare quando è avvenuta l'immissione definitiva nel possesso: non prima, dappoichè il patrimonio dell'assente non si confonde con quello di coloro che sono immessi nel possesso provvisorio, nè d'altra parte la legge conferisce ad essi mezzi tali da mettere a repentaglio l'integrità delle ragioni dell'assente medesimo. Il Losana (2), al contrario, stima che può separarsi tre mesi dopo il giorno successivo alla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza. Ed io credo che alla sua opinione debba darsi la preferenza. La separatio là è necessaria dove è possibile il concorso dei creditori dell'erede, per costituire una causa di prelazione in loro confronto nel concorrere insieme sul patrimonio del defunto. Ora trascorsi i sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza il tribunale ordina la apertura degli atti di ultima volontà dell'assente se ve ne sono (art. 26). In altre parole viene *aperta la successione* proprio in questo momento, non prima. Ed è solo quindi nei tre mesi successivi a tale ordinanza del tribunale che immette gli eredi, sia testamentarî sia legittimi, nel possesso, per quanto temporaneo, dei beni che può esperirsi la facultas separandi. L'art. 2057 infatti fissa il termine perentorio di tre mesi 'dal giorno dell'aperta successione'.

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, op. cit., pag. 394; MELUCCI, op. cit., pag. 51.

(2) LOSANA, op. cit., pag. 236 e segg.

84. Questione più delicata è il dire se lo stato di fallimento del defunto produca una limitazione nell' esercizio della facultas separandi.

Nei verbali della commissione incaricata di redigere il nuovo codice di commercio si sostiene l' affermativa partendo dal riflesso che ' lo scopo della dichiarazione di fallimento è identico a quello attribuito dall' art. 2055 del codice civile alla separazione dei patrimonî ' e che quindi era inutile un bis in idem, inquantochè la dichiarazione di fallimento produce effetti più ampi della separazione dei patrimonî (1).

Con varî argomenti il Losana e il Mirabelli si fanno a sostenere l' opinione contraria (2). Il perno attorno a cui si aggira la loro discussione è questo: che la separatio oltre che giovare ai creditori del defunto giova ai legatarî, i quali ultimi non ricevono certo vantaggio alcuno dalla dichiarazione di fallimento.

Io non sarei alieno dall' uniformarmi a tale decisione, anche perchè, dato il carattere cautelare della separatio, sarebbe ingiustizia negare una garanzia, la quale in fin dei conti non porta pregiudizio alcuno.

85. La facultas separandi trova una limitazione assoluta nel caso che l' erede, a norma dell' art. 2084, paghi i creditori e i legatarî, o dia cauzione sufficiente per la soddisfazione di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o termine o fosse contestato.

86. Una particolare limitazione nell' esercizio della facultas separandi è particolare solo ai legatarî. E consiste in ciò, che il loro diritto è subordinato, in riguardo al patrimonio ereditario, all' eventualità che il testatore

(1) Atti della commissione per la riforma del codice di commercio, verbale n.° 365.

(2) Losana, op. cit., pag. 200; Mirabelli, op. cit., pag. 711 e segg.

abbia leso con le sue liberalità la porzione dei beni che spetta per legge alle persone da questa indicate.

In simile caso la separazione produrrà degli effetti più o meno limitati, e fors' anco nulli, rimanendo del tutto inefficace.

87. Un limite rigoroso incontra l' esplicazione della facultas separandi nel tempo assegnato per farla valere.

L' art. 2057 del cod. civ. sancisce infatti che 'il diritto alla separazione non può esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell' aperta successione'.

Nessuna distinzione vien fatta, come nel codice francese, tra beni mobili ed immobili, evitandosi quella grande quantità di questioni che nella giurisprudenza di oltr' alpe tale lacuna ha provocato. Come pure probabili motivi di controversie ha tolto di mezzo fissando il *dies a quo* potesse esercitarsi la facultas separandi (art. 2057), e cioè dall' aperta successione. Regola questa che mancava nel codice Napoleonico (artt. 880, 2111), e che produceva il dubbio se il dies a quo non dovevasi riferire piuttosto a quello dell' accettazione dell' eredità.

Non è mestieri poi spender troppe parole per dimostrare che la ragione per cui il nostro legislatore abbreviò talmente i termini utili per separare è stata suggerita dai bisogni della vita pratica, che esigeva non si inceppasse per lungo tempo all' erede la libertà assoluta di disporre delle cose ereditarie e non si lasciassero a lungo sospesi i diritti dei terzi (1).

---

(1) I termini utili ad esperire il commodum separationis variano da codice a codice.

Il codice francese stabilisce tre anni pei mobili [art. 880] e sei mesi per gl' immobili [art. 2111]. Ugualmente il codice del cantone di Ginevra [art. 880 e 2111]: quello del cantone di Vaud [art. 193] fissa tre mesi senza distinzione. Il cod. zurighese tre mesi dal decesso [art. 958 § 1]; il friburghese 90 giorni dall' accettazione dell' eredità; nel codice chileno [art. 1380] si è in tempo fino a che il credito non è prescritto;

88. Se il periodo di tre mesi sancito dal legislatore debba intendersi come prescrizione o decadenza di un diritto è questione che va risoluta in quest'ultimo senso. Nel codice francese all'art. 880 si parla di prescrizione abbastanza esplicitamente, mentre nel nostro l'art. 2057 allude a termini perentorî entro cui esercitare l'ius separationis: perentorietà che è qualifica caratteristica del termine di decadenza [1].

Che si tratti di decadenza e non di prescrizione si rileva però più nettamente osservando che nessun maggior diritto viene ad acquistarsi dall'erede che egli non avesse conseguito in dipendenza dell'adita eredità, mentre se realmente di prescrizione si fosse trattato come correlativo logico della perdita di un diritto da una parte avrebbe dovuto corrispondervi dall'altra l'acquisto del diritto corrispondente.

89. La questione sollevata non avrebbe alcuna importanza pratica se non fosse feconda di gravi conseguenze nel caso si abbracci l'una o l'altra soluzione.

La prima si riferisce al modo con cui computarsi il tempo: se cioè secondo il calendario gregoriano o

---

nell'argentino [art. 3443] finchè i beni esistono in potere dell'erede o del suo successore; il cod. dell'Uraguay [art. 1143] stabilisce tre anni dall'accettazione dell'eredità. Il codice olandese prescrive all'art. 1154 che l'iscrizione degli immobili deve esser presa entro sei mesi dall'aperta successione e all'art. 1156 dice che il diritto a separare si prescrive in tre anni. Il codice austriaco [art. 812] concede il diritto fino a che l'eredità non sia aggiudicata [vor der Einantwortung]. Il codice sassone dava un anno di tempo dall'aditio hereditatis [§ 2342]. Così pure nel più recente diritto bavarese. Cfr. ROTH, op. cit. [1898] 3, 2, pag. 199. Il codice vallese [art. 901-902] fissa tre anni sui mobili e sei mesi per gli immobili dall'apertura della successione. Concede però che l'iscrizione sia presa anche *dopo* trascorsi i sei mesi, entro cui però si è ottenuta giudizialmente la separatio, senza alcun pregiudizio dei diritti acquistati nel frattempo dai terzi su questi beni.

[1] *Annali della giurispr. ital.*, vol. XIII, 1, 302, dec. Cassazione di Torino, 10 febbraio '79.

secondo il mese di 30 giorni di cui parla l' art. 2133, riferendosi alle prescrizioni di breve durata.

La questione si presentò la prima volta davanti la Corte d' appello di Parma, la quale decideva non doversi estendere il computo prescritto dall' art. 2133 al di là di quelle materie per cui era stato stabilito, essendo per sè stesso eccezionale (1). Decisione che è stata approvata dagli scrittori (2), ma a cui io non credo aderire, in quantochè costantemente nei codici italiani nel fissarsi il computo dei termini di decadenza piuttosto che di mesi si parla di giorni, il cui numero è un multiplo di tre. Si tratterebbe quindi di mesi di trenta giorni.

Secondo il mio parere quindi anche nel caso in esame la parola ' mese ' deve intendersi come un periodo di trenta giorni. E con ciò si eviterebbe quella continua variabilità nell' estensione di un termine che dovrebbe esser fisso e sempre uguale, ma che invece, a seconda dei mesi e degli anni bisestili, può oscillare da un minimo di 89 giorni a un massimo di 92 giorni (3).

90. Altre conseguenze del carattere di decadenza dei limiti di tempo assegnati dall' art. 2057 sono:

a) la perentorietà del termine di tre mesi che decorre inesorabilmente contro tutti e non ammette in nessun caso dilazione o eccezione alcuna, chiunque sia la persona a cui spetta, o la natura del credito o legato, o le modalità che l' accompagnano;

---

(1) *Annali della giuris. ital.* vol. III, 2, pag. 48; decisione 30 marzo 1869. Cfr. nello stesso tempo la sentenza della Corte d'appello di Lucca 18 marzo 1889 nel *Foro italiano*, vol. XIV, 1, c. 1013. La stessa sentenza è riferita negli *Annali*, XXIII, III, 130, con nota. Ugualmente decise la Corte d' appello di Genova, 31 dicembre 1896, *Temi genovese* 1897, pag. 80.

(2) Melucci, op. cit., pag. 140; Losana, op. cit., pag. 90.

(3) Opportunamente quindi il Codice del cantone di Friburgo fissa termine di 90 giorni [art. 980, al. 1].

b) la possibilità di rinunziare alla facultas separandi ancorchè i tre mesi non siano scorsi; mentre a norma dell' art. 2107, trattandosi di prescrizione ciò non succede;

c) l' inammissibilità di cause che impediscano o sospendano la decadenza, ammissibili invece nella prescrizione;

d) la possibilità della sollevazione d' uffizio fatta dal giudice dell' avvenuta decadenza.

È quasi superfluo avvertire come, se è indifferente pei creditori l' esperire la separatio entro tre mesi dall' aperta successione, ciò è soltanto vero nel caso che tutto questo tempo nulla influisca sull' esistenza dei rispettivi diritti di credito in base ai quali si concede la separazione.

È ovvio infatti osservare come il trimestre accordato dalla legge non ha menomamente il valore di sospendere ad es. che decorra la prescrizione di un credito ereditario.

91. Una limitazione che restringe o impedisce l' esercizio della separatio per mancanza di obbietti su cui esercitarsi è la confusione nascente dalla successione.

Avendone discorso nel precedente capitolo a proposito della sfera obbiettiva d' applicazione della separatio, rimando a quanto ho già detto sui limiti e la portata della confusione e la correlativa influenza sulla facultas separandi.

92. Un' altra causa di decadenza dall' esercizio della facultas separandi è *l' estinzione* del credito ereditario, che ne costituisce il presupposto.

Estinzione che si ha se il credito verso il defunto si è prescritto, o nel caso che il creditore del de cuius lo *abbia novato* con l' erede.

Tale ipotesi è appunto contemplata dall' art. 2056 del codice civile: 'I creditori e i legatarî che avessero

fatto novazione, accettando l' erede per debitore, non hanno diritto alla separazione'.

La dizione semplice di quest' articolo non ha però impedito che moltissimi scrittori, per non dire la unanimità, non fraintendessero il suo contenuto, e, guidati dalla *inesatta* interpetrazione di alcuni frammenti e frasi del Digesto, non avessero attribuito a quelle parole facili e piane nella loro apparenza, un significato così patentemente erroneo da far meraviglia.

Significato che si è poi perpetuato per deplorevole forza d'inerzia, nonostante che qualche scrittore lo avesse additato come erroneo. Si è perpetuato, e con tenacia veramente degna di miglior causa rivive in quasi tutti i codici odierni vero 'enigma legislativo' come scrisse il Dollinger (1), costituendo il rovello d' ogni autore, la palestra degli ingegni, i quali si sono quasi sforzati di suggerire e trovare spiegazioni e interpetrazioni impossibili.

Per la maggioranza degli scrittori — citerò solo quei pochissimi che la pensano diversamente — quell' articolo significa che il creditore ha *novato per il solo fatto d' aver accettato l' erede per debitore*, e che quindi ha perduto la sua facultas separandi, la quale sarebbe rimasta integra solo nel caso che il creditore non lo avesse riconosciuto per suo debitore.

In altre parole, per tali scrittori la separatio implica necessariamente un disconoscimento da parte del creditore del defunto dell' erede quale debitore personale succeduto al posto del de cuius.

93. La mostruosità di tale principio, puramente gratuito e illogico, e che conduce all' assurdo, non può giustificarsi che risalendo alle sue cause d' esistenza.

---

(1) DOLLINGER, Separation des patrimoines n. 74, pag. 90, citato dal MELUCCI.

Le quali, secondo me, provengono, come ho detto, dalla *inesatta* interpetrazione di alcuni frammenti e frasi del Digesto.

E il frammento principale — causa mali tanti — sarebbe quello di Ulpiano [1 § 10, XLII, 6]:

> « Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem qui *non novandi animo* ab herede *stipulati* sunt: ceterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum [quippe cum secuti sunt nomen heredis] nec possunt iam ab eo separare qui quodammodo eum elegerunt ».

Anche presso gli scrittori di diritto romano il principio che i moderni autori hanno voluto applicare alla separatio, la quale presupporrebbe *sine qua non* il disconoscimento dell' erede per debitore, si trova pigliato a base di tutta quanta la materia. Ma dopo la esauriente dimostrazione che io vi ho dato e l' appoggio dell' autorità dei Basilici non è, credo, più lecito il mantenere le medesime conclusioni.

Ulpiano in queste righe riferite del suo frammento parla di novazione del credito preesistente fatta dai creditori del defunto coll' erede — creditores.... qui *non novandi animo ab herede* **stipulati** sunt —. Quindi le frasi ' heredem eligere ' ' personam heredis sequi ' delle righe seguenti non debbono esser prese che in relazione a quell' idea.

Posto ciò, il principio assume un altro aspetto: il creditore del defunto aveva perduto il diritto a separare quando al credito antico aveva sostituito — novandolo — un altro credito (1).

---

(1) Si veda tale dimostrazione a pag. 81 e segg. Nello scritto citato a pag. 95 il SOLAZZI [l. c., pag. 250], accede a quanto io sostengo, che cioè in queste righe ULPIANO parla di una novazione del credito preesistente avvenuta per *nuova* stipulazione fatta dal creditore del defunto coll' erede.

Quella conclusione che io respingo si deve tra l'altro al fatto, come notai, di non aver sufficientemente badato come ai tempi di Paolo e Ulpiano il concetto che la novazione solo allora avveniva quando le parti l'avessero *espressamente* detto, era estraneo, non essendo penetrato che con Giustiniano.

Ed è perciò che Ulpiano fa tutti quei casi pratici speciali per vedere se c'era stata 'electio persona heredis' o, in altri termini, se c'era stata novazione, e quindi decadenza dalla facultas separandi. Si confronti la celebre costituzione di Giustiniano [Cod. VIII, 42] in cui i casi di novazione citati sono riferiti soltanto exempli gratia, che taglia corto ad ogni possibile dubbio. All'epoca dei giureconsulti classici era da vedersi caso per caso l'*animus* novandi, e non esisteva la posteriore regola astratta della obbligatoria enunciazione di essa (1).

Posto ciò, si spiega logicamente come i moderni scrittori abbiano senz'altro adottata quella falsa idea che separatio e riconoscimento dell'erede qual debitore sono termini inconciliabili, l'una escludendo necessariamente l'altro. E si spiega anche come i codici moderni, tutti, senza eccezione di sorta, lo abbiano riprodotto, taluno anche mutuando alcune delle ipotesi ulpianee, come ad es. il chileno [art. 1380], le quali però, riprodotte così senz'altro, non hanno più il valore sostanziale del diritto romano (2).

Quel principio veramente per il diritto moderno non avrebbe dovuto mai affermarsi sic et simpliciter, dopo che il Pothier aveva scritto che la 'séparation ne peut être demandée par les créanciers de défunt *lorsq' ils*

(1) Cfr. più su, pag. 50, e lo scritto ivi citato del COSTA.

(2) Hanno un simile articolo i codici: ginevrino [art. 879], vallese [art. 900], friburghese [art. 983], di Vaud [art. 794], neerlandese [art. 1155], dell'Uraguay [art. 1144], sassone [art. 2338]. Come pure lo si rinviene nell'allgemeines Landrecht, § 509.

ont fait novation de la créance qu' ils avaient contre le défunt' ([1]), quantunque questo scrittore arrivi poi a quella medesima erronea conclusione già accennata. Si sarebbe dovuto in altri termini esaminare un poco più a fondo la possibilità di tale ipotesi. Nè mi sarei aspettato che il Losana, nel suo recentissimo libro più volte citato, avesse così, con due parole, respinta questa interpetrazione che in Italia il Mirabelli aveva acutamente, sebbene non molto nettamente, proposta ([2]) e una sentenza della Corte d'appello di Modena pose a base di una sua decisione, appoggiandosi appunto sul diritto romano ([3]); tanto più che la formulazione dell' art. 2056 del nostro codice per fortuna non si esprime come il corrispondente art. 879 del francese, e si presta mirabilmente ad esser così interpetrato.

L' art. 2056 quindi riproduce il contenuto del fr. 1 § 10 più volte citato di Ulpiano: che se il creditore del defunto *nova* con l' erede il suo credito *preesistente*, mercè un atto dal quale risulti tale animus nouandi, perde il diritto di chiedere la separatio ([4]).

La ricerca dei casi, in cui si verifica tale decadenza per estinzione del credito ereditario, è lasciata volta per volta al giudice. Nel nostro codice, infatti, non esiste una disposizione uguale a quella che Giustiniano aveva san-

---

([1]) POTHIER, Des successions, chp. V, art. 4.

([2]) MIRABELLI, Diritto dei terzi, vol. I, pag. 675.

([3]) *Foro italiano*, vol. VI, c. 1226, dec. 2 febbraio 1881. L' estensore infatti della sentenza si appoggia al diritto romano interpetrando felicemente il citato § 10 di Ulpiano nel modo da me proposto.

([4]) Il Codice argentino [art. 3447] è il solo che ha saputo codificare questo esatto principio. ' El derecho de los acreadores de la sucession á demander la separacions de los patrimonies, non puede ser esercido cuando ellos hon aceptado al heredero por deudor, *abandonando los titulos conferidos por el defunto* '. Nei *Motivi* di questo codice si spiega essenzialmente il perchè di questa aggiunta in corsivo, fatta per evitare lo enigma legislativo, e nello stesso tempo per risolverlo.

cito nella sua celebre costituzione citata del 530, sulla necessaria esplicita dichiarazione dell' animus novandi perchè si avesse novazione (cfr. art. 1269).

Ho fin qui proceduto alla distruzione della inesatta interpetrazione dell' art. 2056, mostrando come la sua base originaria — il diritto romano — è erronea.

Mi farò adesso a provarlo in modo positivo dimostrando che perchè essa possa accettarsi, bisogna ragionare facendo a meno della logica, poichè diversamente si va incontro ad un assurdo logico, ad un assurdo giuridico e alla violazione dell' art. 1273, alinea primo.

Ad un assurdo logico, inquantochè la separatio *presuppone* essenzialmente, *sine qua non*, il riconoscimento di un erede per debitore, che in virtù di tale sua qualità con un unico atto acquista il complesso dei diritti patrimoniali del defunto costituenti, a norma dell' art. 1949, la garanzia dei creditori di quest' ultimo, e come conseguenza immediata di simile acquisto la confusione coi proprî di tali beni ereditarî, su cui viene ad estendersi quella medesima garanzia dell' art. 1949, prima solo a quelli limitata. Ed è precisamente per ovviare le ineluttabili conseguenze di tale estensione che i creditori del defunto domandano il commodum separationis, il quale non può quindi scompagnarsi, per *logica* necessità, dal riconoscimento dell' erede per debitore.

Ad un assurdo giuridico, perchè è impossibile ad es. sostenere che il legatario il quale chiese la separatio 'recessit a persona heredis', quando appunto dall' erede *comincia* il suo diritto di credito, a cui *deve* senz' altro rivolgersi, come a suo diretto debitore.

Ad una violazione infine dell' art. 1273, il quale sancisce 'che la semplice indicazione fatta dal debitore di una persona che debba pagare in sua vece non produce novazione'.

Ora il testatore nell' atto ultimo con cui dispone dei suoi beni nominando un erede, non fa sostanzial-

mente che indicare un' altra persona, la quale subentrerà nella sua posizione giuridica di fronte al complesso dei suoi rapporti patrimoniali attivi o passivi, e cioè indicherà un' altra persona da cui i creditori suoi personali esigeranno la soddisfazione dei loro crediti. Ora questo, a norma dell' art. 1273, non produce novazione alcuna.

Poi, a prescindere da simili riflessi, per poco che spassionatamente ci si fermi a considerare la funzione del trapasso ereditario, qualunque sia il modo con cui esso si spieghi — sia accettando la teoria della continuazione della personalità del defunto, sia l' altra ancora più fantastica della rappresentazione del defunto da parte dell' erede — si è *costretti* ad accorgersi, a meno, ripeto, di non voler buttare come zavorra inutile la logica, che nell' un caso o nell' altro non può aversi novazione, la quale presuppone essenzialmente una mutazione negli elementi che individualizzano la primitiva obbligazione, e che non avviene per nulla, rimanendo uguali l' oggetto di essa e i subbietti, dal momento — si tenga ben presente — che la ratio delle due teorie non ammette che l' erede sia un' altra persona, *giuridicamente diversa* da quella del defunto.

Si lascino quindi da banda tutte le forzate e ipersofistiche interpetrazioni di un articolo, che ripete la sua origine in un concetto inesatto, o meglio erroneo. Non si stia dinanzi a un paragrafo del codice sbalorditi come dinanzi alle colonne di Ercole che col loro ' non plus ultra ' segnavano la fine del mondo. Il codice coi suoi articoli non è il punto di arrivo del giurista, nè il letto di Procuste, nè un domma religioso. L' art. 2056 non parla nè di novazione subbiettiva od obbiettiva ai sensi dell' art. 1267, nè di novazione speciale che si risolve in tacita rinunzia, secondo sostiene il Melucci, il quale si fa a indicare le varie ipotesi di fatto che corrispondano a tale peregrina concezione di speciale novatio. Il concetto logico e giuridico di novazione non può aversi

se non pensando ad un mutamento di uno degli elementi costitutivi dell'obbligazione preesistente; mutamento che per se stesso non ne distrugge la sua *individualità* e ne crea un' altra distinta dalla prima. E *solo* il nuovo negozio giuridico necessario ed atto a introdurre tale innovazione in uno degli elementi dell'obligatio, che crea e *individualizza* un nuovo vincolo obbligatorio ([1]), e impedisce per ciò stesso l'esplicazione della facultas separandi. La successione ereditaria non ha costituito mai caso di novazione, nè il creditore del defunto possiede la facoltà di renunziare o accettare a suo gusto e piacimento la persona del suo debitore erede. Egli ha solo il diritto d'impedire che nessun fatto posteriore venga a menomare o a minacciare l'esistenza del suo credito, cioè le garanzie del soddisfacimento, e la separatio ha appunto lo scopo di *consolidare* tali garanzie primitive, di mantenere per così dire *lo stato d'inerzia* nell'ambiente in cui sorse l'obbligazione ereditaria, e non può quindi con un semplice atto volitivo di *tacita* renunzia, da solo, immutare e distruggere la figura giuridica di quest' ultima.

Il patrimonio di un defunto, esistendo l'erede, non è mai *debitore* diretto, come non lo è mai il patrimonio di un vivo: rappresenta soltanto, e per la logica e per l'articolo 1947, una garanzia legale del soddisfacimento. Null'altro che questo.

Scendendo poi dall'astratta discussione alla pratica prosaica, ma pur tanto utile nel correggere le poetiche volate delle costruzioni teoriche, è facile accorgersi come gran parte delle ipotesi che, a guisa di esempi, si portano

---

([1]) Io infatti credo debba accedersi qui a quanto scrive il MITTEIS in quel suo acutissimo scritto ' Die Individualisirung der Obligation ' [Wien 1886] pag. 5 e segg. E la *causa* e non *lo scopo dell'obbligazione* è ciò che l'*individualizza*. Si veda in proposito pag. 8 e segg. la critica che egli fa a tale teoria dell'HARTMAMN, Die Obligation, § 5.

per dare un concetto della cosidetta *novazione speciale* dell' art. 2056, o sono delle vere e proprie novazioni a norma dell' art. 1297, ovvero rientrano nella sfera di applicazione dell' art. 2064, il quale dice: 'L' erede può impedire o far cessare la separazione pagando i creditori e i legatarî, o dando cauzioni per il pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine o fosse contestato'. La stessa ipotesi più comune che vien fatta, cioè quella in cui il creditore del defunto abbia ricevuto dall' erede mallevadoria, cauzione, pegno e simili rientra sotto il dominio del riferito art. 2064.

Aggiungo per concludere che se la novazione fatta dal creditore del defunto cadesse in tempo posteriore all' esplicata facultas separandi, dopo, cioè, i tre mesi dall' aperta successione, questa rimane senza effetto. Il credito ereditario infatti, che ne costituiva il suo logico presupposto, si è estinto.

CAPITOLO XI

Effetti della separazione

94. Discussione delle varie costruzioni giuridiche dell' istituto. La separazione rescinde l' adizione e limita all' eredità separata la responsabilità dell' erede. — 95. La separazione sospende l' adizione. — 96. La separazione non limita la responsabilità dell' erede intra uires hereditarias ed i creditori del defunto sono preferiti nel soddisfacimento a quelli dell' erede sul patrimonio ereditario e se insoddisfatti possono rivolgersi sui beni dell' erede dimissis proprii heredis creditoribus. — 97. La separazione non limita la responsabilità dell' erede intra uires e i suoi creditori non godono della preferenza di cui al n.° precedente. — 98. Si segue quest' ultima costruzione. Esame dell' art. 2055. Sua critica e sua interpetrazione. — 99. Effetti riguardo ai separatisti e i creditori dell' erede. Produce una prelazione nel soddisfacimento. — 100. Discussione del carattere di questa prelazione. — 101. Se costituisce un ius sui generis. — 102. Se è un diritto reale, e cioè un' ipoteca. — 103. La separazione produce un privilegio. Discussione di tale idea e sue pratiche applicazioni. — 104. Effetti della separazione nei rapporti dei separatisti fra loro. — 105. Tra essi e i non separatisti. — 106. Tra separatisti e non separatisti di fronte ai terzi aventi causa dell' erede. — 107. Effetti nei rapporti dei legatarî fra loro e nei rapporti coi creditori separatisti e non separatisti. — 108. Effetti della separazione di fronte ai terzi acquirenti dei beni della successione. — 109. Influenza della separazione pei crediti ereditarî.

94. Determinare gli effetti della separazione è il punto più saliente di questa monografia e nello stesso

tempo il più difficile. Poichè è in questo campo che la discordia degli autori si manifesta in modo meraviglioso.

Lo scopo che l' istituto in esame si propone di raggiungere è già noto: riparare alle eventuali disastrose conseguenze che la successione può produrre ai creditori del defunto, *evitando che i creditori proprî dell' erede concorrano insieme con loro sul patrimonio ereditario.*

Prima di passare all' esame delle disposizioni relative del nostro codice è utile un rapidissimo cenno delle varie costruzioni dogmatiche della separazione che si son messe avanti dagli scrittori per determinarne gli effetti.

Ed esse si possono classificare in tre grandi categorie.

Il primo dei sistemi, per così dire, sostiene che oggigiorno la separazione ha la stessa figura e gli stessi effetti che aveva, o meglio si suppone comunemente avesse, nel diritto romano. E cioè 'bona defuncti sequi' e 'a persona heredis recedere'.

Per i sostenitori di tale opinione l' aditio viene a rescindersi; il patrimonio del defunto si stacca da quello dell' erede per divenire l' immediato ed esclusivo debitore dei creditori ereditarî: gli effetti della confusione ereditaria si annullano del tutto.

Una siffatta teoria ha trovato recentemente un entusiasta sostenitore nel Losana, il quale nella sua monografia più volte citata, appoggiandosi all' articolo 2055 del nostro codice, sostiene che la funzione dell' istituto in esame è appunto quella di rendere inefficace nei rapporti coi separatisti l' avvenuta adizione dell' erede, che ai loro occhi figura soltanto come amministratore e rappresentante dell' ente eredità *separata*, cioè del patrimonio del defunto fatto rivivere autonomo, quale uniuersitas, diretto ed esclusivo debitore dei separatisti.

Ma tale teoria — lo dico col rispetto dovuto all' autore — è assurda non solo, ma piena di stridenti contraddizioni, a prescindere che non ha la benchè minima base nel diritto romano, nè classico nè giustinianeo —

come ho creduto dimostrare — se si eccettua per quest' ultimo quella disposizione giustinianea per cui i separatisti debbono contentarsi soltanto dei 'bona hereditaria'.

Questa teoria del Losana presuppone quell' errato concetto del patrimonio del defunto considerato come unità ideale e a sè, e che la separazione abbia l' efficacia di individualizzarlo dopo l' adizione dell' erede, annullando l' avvenuta confusione, da renderlo, quasi si trattasse di un' eredità giacente, una persona giuridica.

Ma tale idea di patrimonio è ammissibile solo nel caso che si potesse concepire su di esso un diritto *unico* ed *uniforme* e che si esplica pure in modo *unico* ed *uniforme*. Ora l' erede in base a questa sua qualità non fa che acquistare *singolarmente* i varî diritti patrimoniali che possedeva il defunto [1].

L' istesso deve dirsi della separazione.

Essa non produce per nulla un diritto unico ed uniforme che si esplica investendo tutto il patrimonio ereditario in blocco, individualizzandolo, sia pur fittiziamente, a mezzo di un inventario, ma solo quei singoli beni del defunto, in modo rigoroso determinati, su cui il creditore e il legatario crede esercitarla, e per una somma parimente determinata.

Ora potendosi colpire colla separazione solo un oggetto della successione, affermerebbe il Losana in questo caso che tale oggetto è esso il debitore, dal momento che non può qui parlarsi di un patrimonio?

Nè men vero è l' altro concetto del Losana che la separazione implichi come conseguenza *sine qua non*, il disconoscimento dell' erede per debitore da parte del separatista, che si attiene invece all' eredità debitrice, e

[1] Si veda la critica fatta a questo falso concetto di patrimonio che si acquista per successione dal BONFANTE nel *Bullettino dell' istituto di diritto romano*, vol. VII, pag. 176 e segg. Cfr. più su cap. VIII, pag. 125 e segg.

che l' erede agli occhi dei separatisti non è tale, ma un semplice rappresentante di quella, essendosi distrutti di fronte ad essi colla separazione gli effetti dell' aditio.

L' assurdità logica e giuridica di tale proposizione rilevai più su a pag. 164 e segg. Rileverò qui le contraddizioni.

Come è mai possibile concepire una persona erede e proprietario di fronte ad alcuni creditori del defunto non separatisti, e *nello stesso tempo* rappresentante ed amministratore dell' eredità di fronte agli altri creditori separatisti?

E come può conciliare il Losana l' art. 2054, che riguarda il caso in cui il legatario abbia ricevuto dall' erede un' altra garanzia sui beni del defunto e ciò non ostante può separare, con l' idea che la separatio importi necessariamente il disconoscimento dell' erede per debitore, se proprio da lui incomincia il suo diritto di credito e da lui ricevette la garanzia speciale?

E come può ammettere che l' erede, il quale esercita la sua facultas separandi contro i suoi coeredi, per quella parte di credito verso il defunto che non si estinse per confusione, senza riconoscerli per suoi debitori?

E come conciliare l' azione pauliana concessa ai creditori e ai legatarî separatisti contro l' erede che abbia commesso degli atti in loro danno, col principio che la separatio importa recessio a persona heredis?

E come ammettere tale principio, e nello stesso tempo la riduzione della separazione a norma degli art. 2065 e 2024, nel caso ci sia stato da parte dell' erede lesione di legittima? [1]

---

[1] Ma il colmo della contraddizione è a pag. 144, n.° 131, dove è scritto: 'E se taluno avendo più crediti o legati distinti abbia, riguardo ad alcuno di essi soltanto, novato coll' erede resta salvo ed impregiudicato il suo diritto alla separazione in guarentigia degli altri '. Ma crede il LOSANA che il riconoscimento di una qualità giuridica in un individuo sia suscettibile di divisione e possa farsi a metà? Come concepire infatti che un

Per tutti questi motivi tale costruzione giuridica della separazione non può assolutamente ammettersi. La *struttura* dell' istituto ripugna del tutto alla *funzione* che il Losana vuole attribuirgli.

95. In questa medesima categoria può collocarsi quell' altra costruzione della separatio la quale *sospenderebbe* l' adizione dell' eredità. Il concetto appartiene al Levi ([1]). Ma, come benissimo osserva il Melucci ([2]), in fatto di accettazione di eredità non è possibile distinguere *momenti successivi.*

Giuridicamente infatti non vi ha che un solo istante in cui l' aditio si compie, ed è da questo momento che si piglia le mosse per regolare tutti i rapporti giuridici che da tale atto conseguono, facendolo retroagire all'altro dell' aperta successione.

Ora creare uno stato di sospensione per l' aditio hereditatis, prolungare la confusione ad un' epoca incerta e indeterminata, senza neppur ricongiungerla con forza retroattiva all' apertura della successione, è lo stesso che creare una posizione di cose anormale e giuridicamente impossibile, cioè uno spazio di tempo in cui mentre l' eredità non può dirsi giacente, perchè l' erede è conosciuto (art. 980), non è neppur trasmessa, poichè colla sospensione dell' aditio hereditatis si toglie all' erede il titolo della sua qualità.

Ho riportato per intero le considerazioni contrarie del Melucci, ma avrei potuto farne a meno osservando

---

creditore separatista non riconosca l' erede per debitore per quella parte di crediti per cui ha separato, e lo riconosca nello stesso tempo per quell' altra parte per cui non ha esercitato la sua facultas separandi? Si tenga infatti presente che il Losana intende per novazione, a norma dell' art. 2056, accettare l' erede per debitore.

([1]) Levi, mon. cit. nella bibliografia, pag. 36 e segg.

([2]) Melucci, op. cit., pag. 244.

che la costruzione del Levi è diversa soltanto per le parole dall' altra del Losana, che attribuisce alla separazione l' efficacia di rescindere l' aditio di fronte ai creditori separatisti. Poichè una volta avvenuta l' accettazione dell' erede, qualunque *sospensione* di essa non si può concepire che come *rescissione*, condizionata se si vuole alla eventuale *damnositas* della successione; ma sempre come rescissione.

È inutile aggiungere come tale teoria del Levi ha le identiche contraddizioni dell' altra del Losana, più una veramente meravigliosa: di concepire *simultaneamente* una rescissione dell' aditio e una responsabilità ultra uires dell' erede, potendo i creditori separatisti del defunto rivolgersi sui beni di quello se rimasti insoddisfatti (1).

96. Il secondo sistema incarna la teoria di Papiniano. Infatti si riconosce ai creditori e ai legatarî nel soddisfacimento un diritto di preferenza sui beni della successione, e ai creditori proprî dell' erede sui suoi beni. Cosicchè i primi solo sui beni di quest' ultimo potevano rivolgersi quando i suoi creditori erano soddisfatti, e viceversa.

Tale teoria era quella del diritto *coutumier* francese, e viene svolta rispetto ad esso dal Lebrun, dal Domat e dal Pothier (2) e di fronte al codice Napoleonico dal Marcadé e da parecchi altri che si possono veder citati dal Levi (3).

---

(1) Parlo di rescissione, poichè nel caso che l' eredità è dannosa il LEVI trasforma senz' altro la sospensione in rescissione.

(2) LEBRUN, op. cit., lib. IV, cap. 2, sez. I, n.° 26 e segg.; DOMAT, op. cit., lib. III, tit. II, sez. 1, n.° 9; POTHIER, op. cit. a pag. 101, n.° 2 e 127, e nel Traité des Successions, V, art. 4.

(3) MARCADÉ, Explication de l' art. 881, vol. II, § 404, n.° 6; LEVI, op. cit., pag. 24, n.° 1. La sanciscono legislativamente alcuni codici, quali il vallese [art. 905], il chileno [art. 1385], e il Cod. dell' Uraguay [art. 1646].

97. Il terzo sistema è uguale al secondo, differendone soltanto perchè si nega ai creditori dell' erede il diritto di preferenza al soddisfacimento sui beni di quest' ultimo di fronte ai creditori del defunto.

Tale teoria fu formulata nel 1804 dallo Chabot d'Allier nella prima edizione del suo Commentario alle successioni sull' art. 878, e sviluppata meglio nell' altra del 1817.

La seguono il Merlin, Aubry e Rau, Demalombe, Laurent, Chironi, Mirabelli, Giorgi, Ricci, Baudry-Lacantinerie e lo stesso Levi (1) (2).

98. Non esito un momento a dichiararmi seguace del terzo sistema. Svolgerò mano a mano che si presenta l' occasione, gli elementi compresi da tale sistema e i motivi che appoggiano la mia decisione, studiando i varî effetti della separatio riguardo alle persone di fronte a cui esplica la sua efficacia.

---

(1) MERLIN, Rèpertoire, v. *Sep.*, § 5, n.° 6; AUBRY e RAU, op. cit., vol. VI, pag. 500, § 619, n.° 64; DEMALOMBE, op. cit., vol. XVII, n.° 155-220; LAURENT, op. cit., vol. X, n.° 73; CHIRONI, op. cit., vol. II, pag. 309; MIRABELLI, op. cit., vol. I, pag. 670; GIORGI, op. cit., vol. VI, pag. 526; RICCI, op. cit., vol. X, pag. 51; BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., vol. III, pag. 276, n.° 2; LEVI, op. cit., pag. 41 e segg. Per gli altri autori cfr. pag. 183, nota 1.

(2) Dal MELUCCI, op. cit., pag. 250, si fa un quarto sistema, ma a mio parere poco esattamente. Egli vi comprende coloro i quali considerano la separazione come un privilegio o una vera ipoteca sui beni della successione, pur convenendo nelle conseguenze stabilite dal terzo sistema o dal secondo. Ma, a dire il vero, manca del tutto il carattere differenziale su cui basare la divisione e la figura di un quarto tipo di teoria della separatio. Poichè il considerare se la separazione costituisca un privilegio o un' ipoteca, non significa altro che determinare *il carattere della preferenza* che essa accorda ai creditori del defunto e ai legatarî. L' importante è fissare il carattere fondamentale, che essa cioè sia una causa di prelazione: ed in ciò tutti coloro che il Melucci pone nel quarto sistema sono d' accordo con quelli del secondo e del terzo.

Premetto anzitutto un esame dell' art. 2055, il quale così sintetizza la funzione della separazione:

' La separazione ha per oggetto il soddisfacimento col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatarî che l' hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell' erede '.

Tale articolo, che sembra di una semplicità ammirevole, nasconde invece una grande confusione di idee sul vero oggetto e scopo della separazione da parte del legislatore che lo scrisse.

Dal citato articolo 2055 sembrerebbe che esclusivamente col patrimonio del defunto debbano soddisfarsi i suoi creditori, e che la separazione abbia limitato ad esso la responsabilità dell' erede di fronte ai separatisti.

Ma per convincere che ciò non sia vero bastano poche considerazioni rigorose, tratte tutte dai principî sanciti dal nostro codice.

Il quale all' art. 1948 stabilisce che ' chiunque si sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri ', e all' art. 1949 che ' i beni del debitore sono la garanzia comune dei creditori '.

Posto ciò, coll' adizione dell' eredità il patrimonio del defunto venendo a confondersi con quello dell' erede, sull' unico patrimonio così formatosi di quest' ultimo hanno diritto a esser garantiti i suoi creditori personali, che estendono quindi la loro primitiva garanzia anche sugli altri beni pervenuti in virtù della successione all' erede, su cui però gravava una garanzia perfettamente simile degli aventi causa del defunto. Questi ultimi per tale concorso possono veder menomata la possibilità di un intero soddisfacimento, e siccome hanno il diritto di far tutti quegl' atti che tendono a mantenerla intatta [arg. art. 1171] così si servono della separazione, a questo unico scopo sorta nel diritto romano

e mantenuta dalla nostra legge, e che per ciò sotto tale riguardo rientrerebbe nella sfera del citato articolo 1171.

L' erede dunque ne rimane perfettamente estraneo. Ed un tale remedium indemnitatis infatti, non poteva colpire chi nè positivamente nè negativamente aveva agito per minacciare in qualche modo le garanzie dei creditori del defunto.

Succeduto al suo autore per ineluttabile fatto naturale e giuridico, che quelli erano obbligati a riconoscere senz' altro, l' erede rimane in ogni caso responsabile ultra uires pei debiti ereditarî. Nè la separazione ha la efficacia di annullare questo principio sancito solennemente e sotto varie forme nel nostro codice. La legge positiva appresta dei mezzi speciali per raggiungere questo scopo, concretandoli rigorosamente, nè può crearsene di altri. Ciò facendo colla separatio si verrebbe a snaturarne la funzione e ad alterarne lo scopo e la base fondamentale.

Le parole quindi dell' art. 2055: ' ha per oggetto il soddisfacimento col patrimonio del defunto ' non vanno prese alla lettera, nel senso che tassativamente coi beni del defunto, e con essi soli, si debbono pagare i crediti ereditarî. Tale interpetrazione ripugna del tutto ai principî giuridici più elementari, e costituisce d' altra parte una violazione dell' art. 1949.

Infatti si verrebbe da un canto a menomare la libera disponibilità dell' erede, che quale *proprietario* possiede i beni della successione, e, in altre parole, ad ammettere in ultima analisi la rescissione dell' aditio; e dall' altro canto condurrebbe ad un' evidente iniquità verso i separatisti, i quali, invece di ricevere dal commodum separationis un beneficio e un vantaggio, ne avrebbero danno, poichè vedrebbero limitata alle sole uires hereditariae la responsabilità dell' erede, *responsabilità che in mancanza della separazione, introdotta quale remedium indemnitatis, sarebbe rimasta senza tal confine obbiettivo.*

Costituisce una violazione dell' art. 1949, poichè se questo sancisce che tutti i beni del debitore sono la garanzia *comune* dei creditori, non si saprebbe vedere il perchè — senza esplicite disposizioni di legge — da una parte i creditori del defunto, divenuti creditori dell' erede, non avessero ad esser garantiti sui beni proprî di quest' ultimo, sol perchè hanno separato; mentre dall' altra i creditori proprî dell' erede, *nonostante la separazione*, estendono la loro garanzia sui beni della successione. Niuno dubita infatti che essi vi si possono soddisfare, dimissis creditoribus defuncti. Ed io mi domando se è permesso trasportare nel campo dell' interpetrazione della legge assumendolo a criterio di ermeneutica il classico broccardico dei due pesi e delle due misure.

L' art. 2055 deve intendersi dunque nel senso che la separazione serve ad impedire che la garanzia dell'art. 1948, goduta dai creditori del defunto sul suo patrimonio, non venisse per così dire *assorbita* e *confusa* dall' altra, perfettamente simile, dei creditori dell' erede, sopravvenuta coll' aditio, mantenendola *prevalente.*

La separazione quindi costituisce una vera e propria eccezione all' art. 1949: per essa infatti la *comune* garanzia, che le due categorie di creditori avrebbero sui patrimoni confusi, del defunto e dell' erede, vien meno solo per ciò che riguarda quei singoli beni del defunto che sono stati colpiti da separazione, costituendosi con ciò una causa di prelazione nel soddisfacimento in favore dei creditori separatisti.

L' erede dunque rimane sempre obbligato ultra uires hereditarias e a lui possono benissimo rivolgersi quelli, se rimasti insoddisfatti.

Tale conclusione è approvata dalla enorme maggioranza degli scrittori nella cui mente non si è per nulla offuscata la funzione dello istituto in esame. La seguono, oltre a quelli citati a pag. 179, Windscheid, Dernburg,

Pacifici-Mazzoni, Serafini Filippo, Melucci, Gianturco [1] e molti altri. I dissenzienti si riducono a ben pochi. Oltre ai ricordati Hofmann, Oertmann, Losana, si aggiunga l'Unger [2], e in genere gli scrittori austriaci, sancendo legislativamente il codice di questa nazione al § 812 il principio combattuto, e dato il modo con cui si effettua il trapasso ereditario, mercè apposita aggiudicazione giudiziale dell'eredità. Vi sono però dei codici che sanciscono espressamente il principio da me adottato [3].

99. Quali gli effetti della separazione nei rapporti dei creditori separatisti di fronte agli aventi causa dell'erede?

---

[1] WINDSCHEID, Pandekten, vol. III, § 617, A. 10; DERNBURG, Lehrbuch d. preuss. Privatrechts., pag. 680, n.° 14 [Cfr. Reichskonkursordnung, § 57; A. G. O. I, 50 § 278; Preuss. Konkursord., § 39]; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., pag. 426; SERAFINI F., Trad. ital. delle Pandette dell'ARNDTS, vol. III, [1875], § 523, n.° 3; MELUCCI, op. cit., pag. 256; GIANTURCO, Istituzioni di diritto civile italiano, § 121. Cfr. per gli altri autori pag. 179, n.° 1.

[2] UNGER, op. cit., vol. VI, Das oesterr. Erbrecht, pag. 175 e n.° 8.

[3] I codici in generale si sono fatti un dovere di rimaner silenziosi su questo punto capitale. Si direbbe che quasi tutti i legislatori che pedissequamente hanno seguito il codice Napoleonico, *causa mali tanti*, — meno rare eccezioni — avessero assunto per loro massima quella dei commentatori medioevali: *in re facili verbosi* e *in re difficili muti*. La lodevole eccezione è data dal diritto bavarese [Cfr. in proposito ROTH, op. cit., III, § 400, pag. 200 e n.° 23-4]; dai codici dell'Uraguay [art. 1146], vallese [art. 905], chileno [art. 1385] e argentino. Ma mentre questi tre ultimi codici seguono il concetto papiniano, e il diritto bavarese non è esplicito, sebbene sembra accogliere il terzo sistema da me abbracciato, l'argentino con una nettezza veramente invidiabile ne cristallizza nell'art. 3446 il principio informatore: 'Los acreedores y legatarios que hubiesen demandado la separacion de los patrimonios, conservan el derecho de entrar en concurso sobre los bienes personales del heredero con los acreedores particulares de este, y aun con preferencia á ellos, en el caso en que la calidad de sus créditos los hiciere preferibles. Y los acreedores del heredero conservan sus derechos sobre lo que reste de los bienes de la succession, despues de pagados los créditos del difunto'.

Il citato art. 2055, inteso come si è visto, lo dice in modo chiaro. Sui beni della successione concorrono entrambe le categorie dei creditori: dell'erede e del defunto; ma nel soddisfacimento quest'ultimi lo sono *preferibilmente* agli altri, sempre in riguardo ai beni della successione.

Da quanto ho fin qui detto non è difficile intendere quale il significato da attribuirsi alla parola *preferibilmente* adoperata dall' art. 2055, e quale il concetto che dell' istituto della separatio deve aversi per ciò che riguarda il modo con cui esplica i suoi effetti, o meglio la figura giuridica con cui si presenta.

E senz' altro affermo che la separazione produce nè più nè meno che un diritto di prelazione nel soddisfacimento dei creditori ereditarî e dei legatarî di fronte a quelli dell' erede: e cioè un vero e proprio privilegio. Cosicchè i rapporti giuridici tra essi andranno regolati dalle norme che disciplinano le cause di prelazione, la graduazione e la distribuzione del prezzo fra' creditori, secondo gli articoli 1949, 1953, 1954, 2092 del cod. civile.

Se poi i creditori separatisti rimarranno insoddisfatti nonostante la goduta prelazione nel soddisfacimento, concorreranno sui beni proprî dell' erede insieme coi suoi creditori personali, senza che questi lo potessero impedire invocando in loro favore la separazione, in modo quasi direi negativo.

Il perchè si desume da quanto ho detto fin qui. Non si può accordare anche agli aventi causa dell' erede di prevalersi degli effetti della separazione, cioè un diritto di prelazione nel soddisfacimento, senza una disposizione positiva della legge. Sarebbe violare manifestamente l' art. 1949, il quale stabilisce che il patrimonio del debitore è garanzia *comune* dei creditori, e un annullare l' altro principio della responsabilità ultra uires dell' erede che la legge ripetutamente sancisce.

Nè sostenendo tale idea io credo d' essere in contraddizione con quanto scrissi più su al n.° 55. Poichè là si

trattava di stabilire *de lege condenda* chi potesse chiedere la separatio: qui invece si tratta di determinare rigorosamente gli effetti che essa produce, riguardando la sua *funzione* quale risulta dalla struttura, che l'istituto ha nella legge positiva.

100. Io so benissimo che tale mia opinione urta contro quella della grandissima maggioranza degli scrittori italiani, per non dire l'unanimità, i quali vedono nella separatio o un *ius sui generis*, o una vera ipoteca, o un vero pegno trattandosi di mobili.

Ma tali opinioni, per quanto di autorevoli persone, mancano di una base salda e sicura.

Onde io possa far spiccare meglio la dimostrazione della mia idea non è del tutto inutile un rapido cenno delle varie argomentazioni addotte a sostener quelle. E mi rifarò dal diritto francese, punto di partenza dell'odierna discussione.

Il codice Napoleonico all'art. 2111 dice che la separazione è un 'privilége'. E di tale argomento formidabile si servirono coloro i quali sostenevano tale concetto. E cito per tutti Demalombe (1). Ma la parola della legge non bastava ad altri scrittori che nella separatio vedevano invece un semplice diritto di preferenza. Essi sostenevano che nell'art. 2111 la parola 'privilége' non è punto adoperata nel senso tecnico, e d'altro canto si appigliavano ad un argomento desunto dall'art. 2103, dove tra i crediti privilegiati non si enumera quello sorto dalla separazione (2).

Ma tali obbiezioni si possono facilmente smontare; e, a non curarsi della prima, può rispondersi alla seconda che nell'art. 2103 si parla di privilegi esclusivamente su beni immobili, e che per conseguenza non poteva

(1) DEMALOMBE, op. cit., vol. XVII, n.° 208 e segg.

(2) TROPLONG, Traité des priv. et des hypoth., n.° 323.

includersi fra essi quello nascente dalla separazione e che si esercita anche su beni mobili.

Per il nostro codice tali questioni non possono sollevarsi in termini così precisi, poichè la separatio non vi si trova mai chiamata privilegio.

È quindi sulla figura dogmatica da darle, in quanto ai suoi effetti, che le opinioni degli scrittori sono discordi.

101. V' ha alcuni i quali senz' altro la dicono un *ius sui generis*, non potendosi decidere a chiamarla o un vero privilegio o una vera ipoteca.

Il Pacifici-Mazzoni dice che un carattere speciale al diritto derivante dalla separazione non può assegnarsi 'perchè non l'ha', 'quantunque — aggiunge — certissimamente è informato sul tipo dell' ipoteca e si può conchiudere con sicurezza con l' egregio Righini che il beneficio della separazione regolarmente inscritto somiglia molto all' ipoteca' [1]. E il Pacifici-Mazzoni cita in suo appoggio una sentenza della Corte suprema di Torino, a cui io ne aggiungo un' altra della Corte d' appello modenese [2], dove si dice che 'il beneficio della separazione è un diritto reale *sui generis*'.

Ad uguale conclusione viene il Levi [3] attraverso una serie di considerazioni, alcune delle quali inesatte perchè fondate su equivoci, il Luzzatti [4], il Ricci [5] e qualche altro.

In sostanza gli argomenti su cui tale opinione si fonda sono abbastanza deboli: il non trovare la separazione espressamente annoverata fra i privilegi (art. 1956 e segg.) e, d' altra parte, il vederla disciplinata, trattan-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, op. cit., vol. V, pag. 338.
(2) Dec. 2. marzo 1887 negli *Annali*, vol. XI, III, 332.
(3) Levi, op. cit., pag. 83.
(4) Luzzatti, Della trascrizione, vol. II, pag. 185 e segg.
(5) Ricci, op. cit., vol. X, pag. 525 e segg.

dosi d'immobili, dalle medesime norme dell'ipoteca, e alcune questioni svoltesi in proposito nei lavori preparatori del codice e riflettenti precisamente tale punto. Il Chiesi infatti all'art. 1976 del progetto voleva includere fra le cause di prelazione oltre ai privilegi e le ipoteche, la separatio, e all'art. 1968 aggiungere alla classificazione delle ipoteche, la testamentaria. Ma il Pisanelli oppose che ' la separazione dei patrimonî, sia o no annoverata fra le cause legittime di prelazione, avrebbe prodotto pur sempre l'effetto che le è proprio, cosicchè la proposta fatta non toccherebbe il concetto, ma accennerebbe soltanto ad una questione di forma', mentre l'altra aggiunta 'sarebbe stata senza pratica utilità, supplendo sufficientemente all'effetto di quest'ipoteca il diritto di separazione, massime pel modo con cui veniva regolato nel codice' [1].

102. Più sostanziali e più forti appaiono gli argomenti di coloro che sostengono trattarsi di una vera ipoteca, o di un vero diritto reale.

La loro opinione infatti viene appoggiata sull'art. 2060 del cod. civ., il quale sancisce che il diritto della separatio ' riguardo agli immobili si esercita mediante la *iscrizione* del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situati. ' Iscrizione che sarebbe inutile farsi trattandosi di privilegio (art. 1981, arg. 1965), e che non ha il semplice scopo della pubblicità, poichè, se solo per questo si fosse voluta, bastava seguire il disposto dell'art. 955 che riguarda la generale dichiarazione dell'erede di servirsi del beneficio dell'inventario.

Un altro forte motivo deducono dall'art. 2062, il quale dispone che ' le ipoteche iscritte sugli immobili

---

[1] Processo verbale 19 maggio 1865, seduta antimeridiana e pomeridiana.

dell' eredità a favore dei creditori dell' erede e le alienazioni anche trascritte dagli immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatarî che ottennero la separazione nell' anzidetto termine dei tre mesi'. Ciò — si dice — significa senz' altro che la legge ammette come rimedio atto ad ovviare simile eventuale pregiudizio l' 'ius perseguendi' di tali immobili, su cui l' erede ha permesso si iscrivessero ipoteche da parte dei suoi creditori, o che ha eventualmente alienato. Ius perseguendi il quale non è altro che un corollario dell' ius in re sorto colla separatio.

Un ultimo, terzo e più decisivo argomento viene trovato nell' art. 2065 così concepito: 'Tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimonii regolarmente iscritto sugli immobili dell' eredità' (1). Riguardo ai mobili poi, si tratta anche qui di garantia reale, poichè, dice il Melucci (2), dal quale ho desunto gli argomenti favorevoli alla tesi che espongo: 'l' unità di concetto cui non poteva non ispirarsi il legislatore nell' organamento di questo istituto, dovrebbe mettere fuori contestazione il carattere genuino di garanzia reale che il beneficio della separazione abbia a rivestire rispetto ai mobili, così come per gli immobili, a nulla potendo influire, sotto tale punto di vista, la natura dei beni sui quali debba essere assicurata la sorte dei creditori e legatarî del defunto. Questa garanzia reale poi, pei mobili non può essere che il privilegio', e senz' altro lo identifica col pegno, respingendo il concetto del Pacifici-Mazzoni (3), che in questo caso assimilerebbe il diritto di separazione sui mobili al

(1) A ciò si appoggia ad es. GABBA, scritto cit. a pag. 202, n. 2, col. 317.

(2) MELUCCI, op. cit., pag. 221.

(3) PACIFICI-MAZZONI, op. cit., pag. 376, n.° 217.

sequestro conservativo, e l' altro del Righini ([1]), che tenderebbe piuttosto al sequestro giudiziale ([2]).

103. Questa ampia esposizione di teorie ed argomentazioni ho voluto fare perchè la mia opinione potesse spiccare più netta e più salda. Tali motivi addotti più o meno abilmente per sostenere la tesi sono di un valore abbastanza scarso, e d' altra parte girano la questione. Infatti per negare che la separazione sia un privilegio bisogna essenzialmente dimostrare che le mancano tutti i caratteri. Ogni altra discussione è fuori posto.

Ciò nessuno ha creduto o saputo fare e il problema per me rimane integro.

Infatti l' impressione che si ricava dalla lettura di tutti gli autori che sostengono il carattere della ipoteca nella separatio, è sfortunatamente questa: la mancanza del concetto esatto di privilegio, e la confusione grandissima tra il vero privilegio e l' ipoteca.

Colla scorta del Chironi ([3]) fermiamoci a fissare i caratteri distintivi dell' uno e dell' altra. E per raggiungere meglio lo scopo, partirò un poco dall' alto.

Dato il carattere eminentemente e prevalentemente patrimoniale assunto oggigiorno dalla obbligazione, il principio che i beni del debitore costituiscono la garanzia del soddisfacimento dei suoi creditori è il punto di partenza di tutta la teoria del diritto obbligatorio moderno (art. 1948). I suoi beni quindi, costituiscono una garanzia comune nel caso di pluralità di creditori, e nel caso pure di insufficienza a soddisfare tutti (art. 1949). Tale uguaglianza di trattamento nello ammettere indistinta-

---

([1]) RIGHINI, op. cit., pag. 59, cit. dal PACIFICI-MAZZONI.

([2]). Sostiene che sia ipoteca per gl' immobili il MIRABELLI, op. cit., pag. 670, e crede che sia invece privilegio pei mobili [pag. 669].

([3]) CHIRONI, Trattato dei privilegi e delle ipoteche, vol. I [Torino 1894] passim.

mente i creditori ad usufruire di un' uguale garanzia sul patrimonio dell' obbligato può però venire alterata, stabilendosi in sua vece dei diritti di garanzia diversi di contenuto, di qualità e di intensità. La garanzia originaria, in altre parole, del credito, può perciò variare per effetto di alcuni motivi speciali che producono delle prelazioni nell' ottenere il soddisfacimento dei diritti di credito.

Può avvenire infatti che una parte determinata del patrimonio vien posta sotto la diretta influenza della persona del creditore, il quale così vi acquista un potere immediato. In questo caso egli ha nel soddisfarsi una prelazione su tutti: ma tale prelazione — si noti bene — è un *effetto* dell' esercizio di questo potere particolare sulla cosa, inquantochè la *causa* di tale preferenza è esclusivamente da ricercarsi nel rapporto diretto tra la cosa e la persona. La natura del diritto di credito non vi influisce per nulla.

Può avvenire invece che la causa della prelazione sia indipendente da qualunque rapporto *reale* e *diretto* tra la cosa e il creditore, ma scaturisca in modo immediato ed esclusivo dalla *qualità* del credito, inquantochè questo, per riguardo alla sua causa originaria, si ritiene dalla legge debba avere una preferenza su tutti gli altri nel procurargli il soddisfacimento.

Si hanno così due figure nette e distinte di cause di prelazione: l' ipoteche e i privilegi. Esse hanno soltanto due punti comuni: la loro esistenza subordinata a quella di un diritto di credito da garantire e la surrogazione di un valore alla cosa sulla quale si ha il diritto di garanzia. Differiscono invece e completamente per parecchi riguardi, di cui accenno solo quelli che fanno al caso mio: 1.° il privilegio non può essere concepito indipendentemente dal credito, connesso come è alla sua qualità, e non contenendo alcun potere a sè sulla cosa, come l' ipoteca o il pegno; 2.° il privilegio

non importa un diritto di sequela, come invece lo produce l' ipoteca, e in genere i diritti reali di garanzia della stessa specie che seguono la cosa in tutte le sue trasmissioni successive; 3.ª nel concorso di più creditori ipotecarî la preferenza è data dalla regola ' prior in tempore potior in iure ', mentre ciò non si ha nel privilegio; 4.° il credito privilegiato è preferito a tutti quelli ipotecarî; 5.° il privilegio cade su mobili ed immobili, mentre l' ipoteca solo su immobili.

L' entità giuridica del privilegio, insomma, consiste nell' ottenere il pagamento del credito a preferenza di altri con cui è in concorso, ma, a differenza della garanzia reale, non è un rapporto cadente sul valore della cosa, col mezzo di essa, in virtù di una speciale relazione assumendo il carattere di peso e di onere reale, ma si esplica rispetto al valore soltanto. Il concetto di privilegio, quindi, esclude l' *esecuzione reale*, come ad es. nell' ipoteca o nel pegno. Esso dà semplicemente origine ad un diritto reale sul *valore* quando sarà realizzato. Soltanto con la liquidazione e in seguito di essa, si manifesta la sua virtù intrinseca: prima di tal termine il creditore privilegiato non ha verun rapporto speciale col patrimonio del debitore, o colla cosa che vi è contenuta, nè alcun diritto particolare all' infuori di alcune *eventuali* misure conservatorie.

Può infine avvenire che i due istituti del privilegio e della garanzia reale, ad es. l'ipoteca, concorrano insieme. In tal caso è necessità assoluta tenerli idealmente sempre distinti nel determinarne la reciproca portata, onde si evitino possibili cause di errore. In simile evenienza si tratta di una semplice unione che non altera menomamente il carattere di privilegio, il quale non diviene per ciò stesso un diritto reale. La realità, quindi, che questa duplice figura giuridica assume è estranea al concetto di privilegio, e si deve invece attribuire all' altro rapporto che insieme con esso concorre.

Nè dall' altro canto può dirsi che la prelazione del soddisfacimento del credito che ne scaturisce sia effetto del privilegio. Per decidere bisogna esaminare con cura *in qual modo e con quale entità* concorre l' ipoteca col privilegio. Perchè se vi concorre espressamente, la prelazione che ne segue non indica l' esistenza di un vero privilegio, ma bensì di una *sicurtà reale* (1).

Fermati questi principî applichiamoli alla separazione per determinarne esattamente la sua figura giuridica. E basta fare un semplice confronto dei caratteri distintivi del privilegio con quelli proprî del diritto nascente dalla separazione, per convincersi subito che si è in presenza di un vero e proprio privilegio.

Nella separatio infatti il termine *essenziale* che vi figura è la prelazione. L' art. 2055 abbastanza esplicitamente lo formula scrivendo che ' la separazione ha per oggetto il soddisfacimento dei creditori del defunto e dei legatarî che l' hanno domandata *preferibilmente* a quelli dell' erede '.

E che sia così basta tener presente lo scopo e la funzione della separatio.

Siccome per l' art. 1948 chi si obbliga è tenuto con tutti i suoi beni all' adempimento delle obbligazioni contratte, i suoi creditori hanno sul suo patrimonio per l' art. 1949 una garanzia *uguale* e *comune*, *a meno che non esistano cause speciali di prelazione.* Morto il debitore e passati i suoi beni all' erede, i creditori di quest' ultimo, sempre in virtù dell' art. 1948, estendono su tali beni la loro garanzia, limitata prima solo a quelli originarî dell' erede, e per l' art. 1949 su questi nuovi beni hanno diritto a concorrervi *ugualmente* con i creditori del defunto. I quali, per tale concorso, possono veder menomate le garanzie che avevano al momento della morte del loro debitore, se non possiedono speciali cause di prelazione. E la separatio appunto ha lo scopo di creare una causa

(1) Cfr. in proposito la magistrale ed ampia trattazione che ne fa il CHIRONI, op. cit., pag. 314.

di prelazione atta a modificare l'eguale e *comune* garanzia stabilita dall' art. 1949. Modificarla però rispetto a chi, per il fatto suo, avrebbe alterato e menomato la garanzia originaria che i creditori del defunto obbligato avevano per l' art. 1948 sui suoi beni: rispetto cioè a chi, posteriormente, aveva esteso, per l'avvenuta successione ereditaria, la garanzia dei proprî crediti su tali beni: rispetto insomma ai creditori proprî dell' erede.

La funzione quindi che tale istituto produce si natura e si impernia appunto in una speciale prelazione accordata nel soddisfacimento ai crediti ereditarî in concorso con altri che tali non sono.

Posto ciò, è intuitivo che nessun valore conservano tutti quegli argomenti che i fautori della teoria della separatio quale diritto reale e d' ipoteca, hanno addotto.

Distinguendo infatti con cura — ciò che non si è fatto da tali scrittori — in qual modo e con quale entità concorre l' ipoteca col privilegio nella separazione; scindendo cioè i due istituti nelle loro figure caratteristiche, ci si accorge di leggeri come non è per *immediata* virtù dell'ipoteca iscritta sugl'immobili della successione che s' acquista su di essi il diritto di esser pagati di preferenza: questo dipende soltanto dal privilegio che costituisce il contenuto della separatio. La prelazione esiste di per sè, indipendente dalla ipoteca, per virtù esclusiva della *qualità* del credito considerato nella sua causa ([1]).

([1]) Infatti è senz' altro inesatta l' affermazione del GABBA, not. cit. a pag. 202, n.° 2, col. 317, il quale nel ricercare 'un nome' da offrire al 'diritto di preferenza dei creditori separatisti', respinge quello di privilegio 'perchè suo titolo non è la causa del credito, ma piuttosto la provenienza sua'. A prescindere dal significato troppo particolare che bisogna attribuire alla parola 'causa', che la provenienza sua non ne costituisce per nulla il 'suo titolo', si desume da ciò che tale diritto di preferenza dei creditori separatisti non è governato per nulla dalle regole proprie dell' ipoteca, la quale secondo il Gabba ne sarebbe il *titolo,* ma da altre *perfettamente contrarie ad esse.* Cfr. in proposito il testo e gli argomenti decisivi ivi svolti.

Tale idea, sancita dall' autorità del Chironi [opera cit., pag. 324], che si trovava già nel codice Albertino, il quale appunto all' art. 2017 chiamava la separatio un privilegio, e in tutti gli altri codici italiani precedenti, come pure esplicitamente in parecchi moderni codici [1], è suffragata da una serie di considerazioni decisive e non può essere menomamente revocata in dubbio.

È noto come nel concorso di più diritti ipotecarî vale la massima 'prior in tempore potior in iure'. Nel caso contemplato dall' articolo 2062 si suppongono più ipoteche: quelle iscritte dai creditori dell' erede anteriori in data a quelle dei creditori separatisti. Se la separazione consistesse solamente in una semplice ipoteca e in un diritto reale sugli immobili, non si saprebbe concepire il perchè non debba aver vigore la massima fondamentale che regge in simile materia: 'prior in tempore potior in iure'. Nè sarebbe spiegazione da meritare tale nome il dire, come fa qualcuno, che la legge ammette che l' ipoteca nata dalla separatio retroagisce al momento dell' aperta successione; infatti l' obbiezione rimarrebbe la stessa, identica ed insoluta: e perchè si fa retroagire la data posteriore dell' ipoteca, accesa in virtù della separatio, rendendola quindi potiore alle altre?

La risposta non può assolutamente trovarsi se non pensando al contenuto del privilegio e alla prelazione che esso produce.

L' altra considerazione decisiva, tendente a dimostrare come la preferenza nel soddisfacimento dei crediti ereditarî proviene solo dal carattere di privilegio della separatio, e non dalla ipoteca iscritta sugli immobili, e che nella figura della separatio duplice rapporto vi concorre, ed uno — l' ipotecario — solo subordinatamente

---

(1) Codice dell' Uraguay [art. 1142], del Chili [art. 1378 e spec. 1385], vallese [art. 905], ginevrino [art. 2111], sassone [§ 2333], argentino [art. 3433 e 3445].

all'altro principale e fonte unica degli effetti della separazione, si ha in ciò: che iscritta ipoteca a norma dell'art. 2060, sui singoli beni ereditarî, senza dichiarare che è stata presa a titolo di separazione, essa non produce altro effetto, di fronte alle eventuali ipoteche che creditori dell'erede avessero prima pigliato sul patrimonio del defunto, che quello di una pura e semplice ipoteca.

Il carattere di privilegio poi spicca meglio dall'art. 2054, in cui si dice che 'il diritto alla separazione spetta *anche* a quei creditori o legatarî che avessero già un'altra garanzia sui beni del defunto'. Da tale disposizione si deduce che quel creditore il quale fosse garantito da un'ipoteca inscritta su di un immobile della successione, per godere degli effetti della separatio deve dichiararlo espressamente. Ciò prova in modo decisivo che la separazione non consiste in un'ipoteca, ma che l'elemento essenziale di essa è la prelazione che produce nel soddisfacimento dei crediti in virtù di un vero privilegio. L'art. 1962 poi, posto sotto la rubrica *Dei privilegi sopra gli immobili*, che dice inferiore il privilegio dello Stato per le tasse di successione, riguardo agli immobili che ne furono oggetto, di fronte al diritto nascente dalla separazione, mi pare rappresenti il colpo di grazia per l'opinione contraria.

E con ciò si evita quell'inconcepibile dualismo di figura che suolsi attribuire alla separazione a seconda si esplichi su beni immobili o su mobili: poichè è ben strano trovare autori [1] i quali si potessero acconciare a dire che la separatio esercitata sul patrimonio mobiliare costituisce un privilegio, e su quello immobiliare un'ipoteca. La separazione — non mi stancherò mai di ripeterlo — ha una funzione sola: assicurare il soddisfacimento di un credito a preferenza di altri coi quali è in concorso, e ciò per considerazioni particolari sulla

---

[1] Cfr. pag. 189 e n.° 1-2.

qualità del credito. E tale concetto fondamentale di privilegio non può in alcun modo sdoppiarsi: non lo permette — a prescindere d' altro — la logica formale. Nessuna influenza ha quindi la diversità con cui si esplica il privilegio della separatio sulla entità del privilegio medesimo, che conserva un valore a sè e indipendente. Rispetto agli immobili esso si manifesta con la forma estrinseca ed intrinseca dell' ipoteca: rispetto ai mobili ha gli effetti del privilegio generale.

Con queste due forme assume dunque figura concreta la prelazione derivante dalla qualità speciale del rapporto tra creditori ereditarî legatarî e l' eredità, prelazione che — ripeto anche una volta — esiste indipendentemente dall' ipoteca, *preesistendovi.*

Tutta questa lunga discussione fatta per determinare il carattere del diritto nascente dalla separazione non ha un' importanza soltanto teorica, ma anche pratica.

Infatti ai sensi della legge sulle tasse di registro è di grave momento il determinare se si tratti di un privilegio o di un'ipoteca, poichè nel primo caso si applica all' iscrizione la tassa fissa a norma dell' art. 4 della legge 13 settembre 1874, n.° 2079, nel secondo la tassa proporzionale stabilita dall' art. 2 della legge medesima.

La questione si agitò per la prima volta, se non isbaglio, dinanzi il tribunale di Perugia, il quale decise che si era in presenza di un privilegio a cui conveniva applicarsi la tassa fissa, mentre la Corte di Firenze venne alla conclusione che si trattasse di ipoteca e quindi di tassa proporzionale ([1]).

Decisione quest' ultima errata del tutto.

([1]) Decis. del Tribunale di Perugia 1 agosto 1882; decis. della Corte di Firenze 22 giugno 1883: entrambe riportate nel *Foro italiano* [1883], vol. VIII, I, c. 556. La Cassazione di Roma seguì la massima stabilita dalla Corte di Firenze: decis. 5 marzo 1884 (*Foro italiano* [1884], vol. IX, I, c. 324). Così pure aveva deciso un anno prima la Corte di Brescia: decis. 6 dicembre 1883 (*Giurisprudenza italiana* [1883], pag. 261).

104. Quali effetti produce la separazione frai varî creditori del defunto che godono della *facultas separandi* e che sia stata esperita da tutti?

In quanto al primo caso non vi è dubbio alcuno di fronte al disposto della legge, il quale evidentemente elimina il dubbio che l' iscrizione in separazione dei vari creditori, non simultanea, ma fatta in tempi diversi, entro però i tre mesi, potesse calcolarsi potiore o meno e secondo l' epoca in cui fu presa. Dubbio che sarebbe stato fondato solo in apparenza, avuto riguardo al noto principio regolatore della graduazione nell' efficacia di più ipoteche: 'prior in tempore potior in iure'. Infatti, per coloro i quali ammettono che la separazione produce un privilegio e che l' ipoteca è la forma concreta con cui si estrinseca, poichè la prelazione che ne vien fuori è del tutto indipendente e preesiste all' ipoteca medesima, di cui è *causa* non effetto, tale dubbio non poteva esistere, memori fra l' altro della massima latina formulata da Paolo nel fr. 32, XLII, 5, che 'priuilegia non ex tempore existimantur sed ex causa: et si eiusdem tituli fuerunt concurrunt licet diversitates temporis in his fuerint'.

L' iscrizione in separazione quindi non ha rispetto ai creditori che l' hanno esercitata in tempi diversi, però entro i tre mesi dell' aperta successione, alcuna influenza per ciò che si riferisce ad una modificazione della loro reciproca posizione giuridica originaria.

105. Ma se l' ultima ipotesi non lascia dubbio nella decisione, uno e gigante ne sorge allorquando si tratta di vedere quali rapporti corrono trai creditori del defunto separatisti e non separatisti, fra di loro.

L' art. 2063 del nostro codice stabilisce che la separazione 'non giova che a coloro che l' hanno domandata e non altera fra essi riguardo ai beni del defunto la originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di poziorità'.

Le opinioni degli scrittori cozzano stridenti per i diversi punti di partenza da cui essi muovono, e specialmente per avere omessa una elementare distinzione, trattando il problema in astratto.

La discussione si fa viva nel decidere se la separazione altera la posizione giuridica dei creditori del defunto separatisti e non separatisti, fra di loro, di fronte ai beni ereditarî. Poichè si sostiene da alcuni l'opinione affermativa in base all'art. 2063 e ricorrendo al § 16 del fr. 1 di Ulpiano.

Giova riportare gli argomenti con cui viene sostenuta tale idea. Dalla loro esposizione si avvantaggerà l'opinione contraria da me ritenuta più giusta.

Per alcuni la base della conclusione affermativa è lo stesso articolo 2063. Infatti, sancendo quest'articolo che 'la separazione non giova che a coloro che l'hanno domandata e non altera fra essi riguardo ai beni del defunto l'originaria posizione giuridica', si vorrebbe desumere per deduzione che l'altera di fronte a coloro che l'hanno domandata. E così esplicitamente ragionano, ad esempio, Mirabelli, il Melucci, una sentenza della Corte di Cassazione di Torino e il Gabba [1].

Per altri, i quali credono che la separatio produca la rescissione dell'aditio e la trasformazione in entità autonoma dell'hereditas, che diviene così l'immediata debitrice, e che i creditori originari del defunto non separatisti diventano per ciò stesso creditori dell'erede, l'opinione affermativa trova il suo fondamento appunto in cotesta recessio a persona heredis dei creditori che hanno separato, i quali possono opporre agli altri non separatisti, e che quindi per ciò stesso personam heredis secuti sunt, gli effetti della separazione.

---

[1] Mirabelli, op. cit., vol. I, pag. 701; Melucci, op. cit., pag. 353 e segg.; decis. 11 luglio 1879, riferita negli *Annali*, vol. XIII, [1879], I, 505. Gabba, nota citata a pag. 202, n.° 2, col. 313.

È questa la tesi del Losana, che vigorosamente sostiene la riferita costruzione della separatio. Questo autore ricorre pure ad un altro argomento che ricaverrebbe dal testo della legge, cioè dall' art. 2055.

Per respingere un' obbiezione abbastanza facile contro la sostenuta idea sugli effetti della separatio tra separatisti e non separatisti, che cioè tale preferenza nel soddisfacimento verrebbe così ad accordarsi contro i creditori del defunto e non già contro quelli dell' erede, e nel caso che questi mancassero non si vedrebbe motivo di mantenere quella prelazione, il Losana giunge ad affermare che l' art. 2055 ' non assegna quale obbiettivo della separazione la *preferenza* dei creditori del defunto su quelli dell' erede, ma bensì *il soddisfacimento* dei creditori del defunto col costui patrimonio preferibilmente a quelli dell' erede '. Cosicchè per il chiaro avvocato di Torino ' la preferenza sui creditori dell' erede figura quale beneficio meramente ulteriore e conseguenziale della separazione, il cui scopo vero e immediato è di procurare il soddisfacimento col patrimonio del defunto dei creditori che l' hanno domandata, sotto il quale rispetto il suo magistero può riuscire altamente benefico sottraendo i beni ereditarî alla concorrenza degli aventi causa del defunto che la separazione non abbiano domandato ' (1).

Tale conclusione però, sia detto col dovuto riguardo all' autore, è un puro errore, come dimostrai più su a

---

(1) LOSANA, op. cit., pag. 166-7. Così pure il GABBA, nota cit. a pag. 202, n.° 2, col. 315, il quale però giunge a questa conclusione, inaccettabile pei motivi esposti a pag. 151 e segg., sostenendo come la separatio ' non sia un diritto acquistato direttamente e principalmente contro i creditori proprî dell' erede ' ma invece ' *direttamente e principalmente* contro l' erede '. Quale sia la natura e la figura dogmatica di questo diritto così singolare, GABBA non lo dice: si desume solo che è un ' diritto di preferenza dei creditori separatisti '; preferenza che proviene secondo Lui dall' ipoteca iscritta da loro sui beni della successione.

pag. 157 e segg., che si estrinseca in un deplorevole capovolgimento di principî e di idee le più elementari sulla materia.

Nè a questo proposito il responso di Ulpiano pomposamente citato suffraga tale opinione che io combatto. Poichè il giurista di Tiro in quel fr. 1 § 16 afferma che la separatio giova soltanto a quei creditori che non avessero novato coll' erede il loro preesistente credito verso il defunto ([1]).

Tutti i riferiti argomenti ([2]) poi, a volerli considerare con cura, anche in tesi assoluta, ammesso cioè che costituissero dati di fatto, non hanno alcun serio valore.

La questione non può esser decisa altrimenti che tenendo sotto gli occhi la funzione della separatio e lo scopo fondamentale dell' istituto. Ogni altro criterio di soluzione è fuor di posto e conduce a conclusioni inesatte.

Tale scopo ho delineato limpidamente e in breve a pag. 142 (art. 102). L' effetto giuridico immediato che il nostro istituto produce è una prelazione nel soddisfacimento: prelazione diretta soltanto a *conservare intatte* quelle garanzie che il creditore a norma dell' art. 1948 aveva per il soddisfacimento del suo credito sui beni del defunto, e che potevano esser *menomate* dal concorso di

---

([1]) Si veda più su l' interpretazione di questo §, pag. 91-93.

([2]) A questo il LOSANA, l. c., ne aggiungerebbe un altro, desunto dalla relazione Pisanelli sul progetto del Codice civile. Ma il Pisanelli dice precisamente che la separazione giova singolarmente a chi se ne vale dei creditori del defunto, nel senso che, domandandola uno di essi, non ne godano per ciò stesso tutti, appunto perchè l' iscrizione si deve pigliare fino alla concorrenza di una determinata somma e non può operare che poi alla concorrenza di questa, ma ' riguardo ai terzi '. ' Fu quindi stabilito — scrive il Pisanelli — che la separazione dei patrimonî non giova che a coloro che l' hanno domandata, *ma* non altera fra essi, riguardo ai beni del defunto, l' originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di poziorità '.

terzi creditori dell' erede, ma che giammai può servire ad *alterarle* in qualsiasi modo, a detrimento di chi, in virtù dell' art. 1949, ha sui beni del defunto una garanzia comune ed eguale.

L' ammettere infatti che la separatio chiesta da una parte dei creditori del defunto produca una causa di prelazione nel soddisfacimento dei loro diritti anche in confronto agli altri creditori del defunto che non se ne servirono, costituirebbe anzitutto una violazione banale del citato art. 1949, il quale stabilisce che i beni del debitore sono la garanzia *comune* dei suoi creditori, quand' anche non sufficienti alla tacitazione di tutti, e tutti vi hanno un *eguale* diritto, a meno che tra essi non vi siano cause legittime di prelazione.

E tale non può essere in simile evenienza la separatio. Poichè non è lecito a un creditore modificare il grado originario di garanzia che egli ha sui beni del debitore, accrescendolo ed alterando quello che la legge prescrive eguale e comune per tutti, se non nei modi e nei casi tassativamente da essa determinati. Ora l' invocare il privilegio della separatio, e quindi la prelazione nel soddisfacimento del proprio credito, è un fuor di posto, poichè la *qualità* del credito per cui si concede la separazione è qui *eguale* per tutti i creditori indistintamente, consistendo nell' *identico* rapporto che essi hanno col defunto sui beni dell' eredità.

Nè mi si opponga che qui la separatio si concederebbe contro quei soli creditori che decaddero in uno dei modi possibili dalla facultas separandi, e che perciò sono da considerarsi come creditori dell' erede, poichè rispondo che *tutti* colla morte del de cujus divennero creditori dell'erede, subentrato nella posizione giuridica del defunto di fronte ai suoi rapporti patrimoniali, e che tale distinzione suol farsi soltanto formalmente, per comodità di intendersi, e non è già sostanziale. Creditori del defunto non ve ne sono più, nè ve ne possono essere. Piuttosto

creditori dell'eredità se questa è giacente; creditori dell'erede se questo è conosciuto.

Conchiudendo dirò come questa soluzione adottata da parecchi scrittori, come ad es. Unger, Ricci, Laurent, Pacifici-Mazzoni, Aubry e Rau, Schweppe (1), a cui la giurisprudenza si uniforma prevalentemente (2), non significa per nulla che la separatio giovi anche a quelli che non la chiesero, come troppo sicuramente si afferma dagli scrittori, tra cui ad es. è anche il Gabba, l. c., col. 314 in pr. Però fortunatamente i casi da loro fatti si incaricano di smentire tale affermazione. Si pigli pur l'ipotesi dell'illustre civilista di Pisa. L'asse ereditario è di lire 20000; i creditori del defunto sono due: A. e B. e

(1) UNGER, op. cit., vol. VI, pag. 177, n.° 7; RICCI, op. cit., vol. X, pag. 519 e segg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., vol. V, n.° 477; LAURENT, op. cit., vol. X, n.° 517. L'opinione del LAURENT conserva tutto il suo valore scientifico anche nel nostro diritto per i motivi che la sostengono, nonostante che nel codice francese e belga (articoli 878, 39) si dica esplicitamente che la separazione si chiede 'contro qualunque creditore dell'erede', 'in confronto dei creditori dell'erede'. AUBRY e RAU, op. cit., vol. VI, pag. 491; SCHWEPPE, op. cit., § 149, pag. 273.

(2) Anche la giurisprudenza segue tale conclusione, può dirsi quasi ad unaminità. Cassazione di Firenze, 4 maggio '76 [*Annali* XI, I, 247]; Corte Appello di Napoli, 24 luglio '76 [*Annali*, XI, III, 17]; Corte d'App. di Venezia, 9 dic. '79 [*Giur. ital.*, 1880, I, 2, 311]; Corte d'App. di Catania, 26 apr. 1880 [*Giur. ital.*, I, 2, 552]; Cassazione di Torino, 29 aprile '81 [*Annali*, XV, I, 1, 199]; Corte Appello di Modena, 2 febb. '81 [*Annali*, XV, III, 545]; Corte Appello di Casale, 8 febb. '81 [*Annali*, XV, III, 238]; Corte Appello di Torino, 16 marzo 1883 [*For. ital.* I, 60]; Cassazione di Roma, 4 sett. '89 [*For. ital.*, 1890, I, 64] con nota di SANSONETTI; Corte Appello di Genova, 14 giugno 1890 [*For. ital.*, 1890, Rep. Successione n.° 166]; Corte Appello di Venezia, 9 luglio '91 [*For. ital.* Rep. n.° 148]; Corte Appello di Casale, 1 aprile '92 [*For. ital.*, Rep. n.° 184]; Corte Appello di Milano, 20 febbr. '93 [*Giur. ital.*, 1893, I, 2, 312] con nota del GABBA, pag. 312-318, e molte altre. In senso contrario: Cassazione di Torino, 11 luglio 1879 [*Annali*, XIII, I, 505]; Corte Appello di Genova, 20 giugno 1887 [*Annali*, XXI, III, 257]; Corte Appello di Palermo, 13 aprile 1888 [*Annali*, XXII, III, 460].

per 20000 lire ciascuno: l'erede ha un creditore C. per lire 10,000. Secondo la soluzione adottata se soltanto A. chiede la separatio, A. percepisce lire 10,000, a norma dell'art. 1949, B. *concorre* sulle altre lire 10,000 con C. creditore dell'erede, e riceve lire 5,000. Ora, domando io, se la matematica non è un' opinione, come può dirsi che decidendo così si 'stravolgono dal naturale senso le parole della legge', secondo scrive il Gabba, e si viola l'art. 2063?

Infatti, riducendo a cifre il caso, si ha che se B. avesse chiesto la separazione anche egli avrebbe percepito 10,000 lire; non avendolo fatto ne riceve 5,000: Se A. non avesse separato avrebbe avuto solo 8,000 lire. Tra gli scrittori di opposto avviso, oltre l'Oertmann e il Losana deve ascriversi il Melucci e il Gabba [1].

106. Eliminate le ipotesi fatte sugli effetti della separatio ne rimane un' ultima: che ci siano dei separatisti, dei non separatisti e dei creditori proprî dell'erede. In simile caso la decisione non può essere che identica alle precedenti, ispirata sempre dalla funzione della separatio. E cioè che essa attribuisce ai separatisti il privilegio al soddisfacimento per quel tanto del credito che sarebbe spettato a ciascuno di essi se fosse concorso insieme agli altri debitori personali del defunto al momento della aperta successione. Ai non separatisti tale prelazione non compete e quindi essi sul rimanente del patrimonio in virtù dell' esplicito disposto degl' art. 2063 e 1949 subiranno il concorso dei creditori personali dell'erede nel soddisfacimento dei loro diritti [2].

---

[1] Melucci, op. cit., pag. 318 e segg.; Gabba, cit. nella nota 2 di pag. 202.

[2] Si vedano in proposito Aubry e Rau, op. cit., vol. IV, pag. 493. Contra Melucci, op. cit., pag. 344.

107. Tutte quante le regole esposte per determinare i rapporti tra creditori separatisti e non separatisti, o tra separatisti soltanto, valgono trattandosi di legatarî fra loro.

Una sola differenza deve farsi, quando ci si trova in presenza di un legato ex re certa; poichè il legatario in simile caso di fronte agli altri legatarî di quantità ha un diritto sulla cosa legata il quale non soffre alcuna limitazione, qualunque azione possano quelli esperire.

Coerentemente a quanto ho fin qui sostenuto la separatio ottenuta dai legatarî non ha alcun effetto, non dico di fronte ai creditori separatisti, ma anche di fronte a quelli che non hanno esperito la facultas separandi. Poichè è principio indiscusso e indiscutibile che ' bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno ', ne viene come logica ed immediata conseguenza che i legatarî non possono accampare i loro diritti poziori a quelli dei creditori del defunto: nè la separatio in tal caso avrebbe l' efficacia di produrre tale prelazione. Essa infatti è data in riguardo alla qualità del credito, e in simile evenienza il rapporto che passa tra il credito di un avente causa dal defunto e i beni della successione, è di gran lunga più intimo e stretto che l' altro nascente dalla qualità di legatario. Poichè nel primo caso si tratta della garanzia di un credito sorta in base all' art. 1948, e nel secondo di una liberalità, ne viene di conseguenza che la prelazione della separatio, accordata appunto esclusivamente alla qualità del credito, mancando del suo logico e necessario presupposto viene anch' essa meno.

Ma a prescindere da questo ragionamento di valore decisivo, sta ad appoggiare il mio asserto l' art. 1033, il quale sancisce che ' il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditarî, salva però l' azione ipotecaria sul fondo legato e *salvo altresì il diritto di separazione* '. Cosicchè se un creditore del defunto avesse ad esempio pigliato solo ipoteca sul fondo legato e il legatario si fosse valso

della facultas separandi, quest' ultimo non potrebbe accampare alcun diritto di prelazione di fronte all' altro.

Applicando quindi gli esposti principî nei rapporti tra le diverse specie di legatarî separatisti e di creditori ereditarî non separatisti, si ha che i legatarî ex re certa, come quelli di quantità, separando, di fronte ai creditori del defunto non separatisti, ma che hanno preso semplice ipoteca sui beni della successione, non godono di alcuna prelazione nel loro soddisfacimento (arg. art. 1033) se non di fronte ai creditori proprî dell' erede, e quindi verranno pagati dopo tutti i creditori personali del defunto. Se si tratta poi di creditori chirografarî che non avessero preso alcuna iscrizione d' ipoteca a garanzia del loro avere, in questo caso i legatarî separatisti — esclusi quelli ex re certa — concorreranno con essi nel soddisfacimento, che avverrà per contributo. La separazione infatti non può qui esplicare la sua efficacia che contro i creditori dell' erede [1].

108. Di fronte ai terzi acquirenti dei beni ereditarî l' ampia discussione fatta e l' art. 2062 dispensano da ulteriore esame.

L' erede, divenuto coll' accettazione dell' eredità padrone assoluto dei beni del defunto, può financo venderli. Ma tali alienazioni, pur riconoscendosi valide, non pregiudicano per nulla i separatisti: nè l' eventuale trascrizione del titolo d' acquisto fatto dai terzi può paralizzare il diritto di seguito di quelli, nascente dall' esercitata separatio. I creditori del defunto quindi, in virtù del loro privilegio, possono ben rivolgersi agli acquirenti per esser pagati: però non avendo diritto che sul prezzo della cosa e fino alla concorrenza del loro credito, non possono fare alcuno di quegli atti tendenti a fine diverso.

---

[1] MIRABELLI, op. cit., pag. 693 e segg. Contro MELUCCI, op. cit., pag. 355 e segg.

Il principio contenuto nel citato art. 2062, che è in perfetta contraddizione con quello romano del 'quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conseruari solent', ha avuto acerbe critiche (1). Certamente esso rappresenta una deroga notevole ai principî che governano la materia della trascrizione dei titoli di acquisto. Ma, d'altra parte, i creditori del defunto abbisognano di una garanzia maggiore e più energica di quella che loro può fornire l'infido rimedio dell'azione pauliana. E sotto questo punto di vista non esito ad approvare il sistema seguito in proposito dal nostro codice (2).

109. Resta un'ultima questione ad esaminare ed a risolvere.

Quale influenza esercita la separazione sui diritti d'obbligazione che dal defunto si trasmettono agli eredi se questi sono più d'uno?

Il principio sancito dagli art. 1027 e 1024 che 'nomina et debita hereditaria ipso iure inter heredes diuiduntur pro portionibus hereditariis' viene forse paralizzato dall'esercizio della separazione, in quanto il debito del defunto che ipso iure si sarebbe dovuto dividere proporzionalmente tra gli eredi, rimane invece indivisibile, e il creditore ereditario può rivolgersi contro uno solo di essi chiedendo il solidum dell'obbligazione?

La questione è stata a lungo discussa e risoluta nei modi più disparati dagli scrittori.

---

(1) Si veda in proposito LEVI, op. cit., pag. 130-3.

(2) Nel diritto prussiano tutto ciò che l'erede ha fatto *bona fide* prima dell'apertura del fallimento è mantenuto secondo il principio fissato da PAPINIANO. Cfr. DERNBURG, Preuss. Privatrecht, vol. III, pag. 692. L'articolo 880 del codice Napoleonico permette l'esperimento della separatio sugli immobili 'tant qu'il existent dans la main de l'heritier'. Sulle disposizioni degli altri codici si veda pag. 136, n.° 2-3.

Per chi sostiene che la separazione non paralizza il principio degli art. 1027 e 1024, l' argomento principale è costituito dall' art. 1025, nel quale si fissano le eccezioni alla regola generale della divisibilità delle obbligazioni ereditarie. Tra esse invano si cerca quella derivante dalla separatio. E siccome le eccezioni non possono stabilirsi per analogia, così ne viene che la separazione non deroga al principio generale che governa questa materia.

Altri giungono alla conclusione opposta movendo dal riflesso che la divisione dei debiti ereditarî fra gli eredi è un corollario della trasmissione ereditaria, di cui la separazione è la negazione assoluta. Quindi cessata la causa del principio contrario la indivisibilità originaria dell' obbligazione rimane (1).

Ma l' intera questione ha, a mio parere, dell' ozioso. Essa non sarebbe sorta se si fosse studiato con cura la struttura dell' istituto in esame.

La separazione, lo dimostrai all' evidenza, istituisce un privilegio che si esplica con un' ipoteca. La prelazione nel soddisfacimento non sorge da quest' ultima, ma è del tutto indipendente da questa, ed ha base nella *qualità* del credito cui si accordano delle garanzie speciali (2). Posto ciò, è evidente come la separatio in sè e per sè non può necessariamente produrre indivisibilità o meno dei debiti ereditarî nel caso di più eredi. Se tale indivisibilità si ha è da ascriversi solo all' ipoteca, che concorre col privilegio nascente dalla separazione, ipoteca la quale non permette che l' obbligazione, di cui è una garanzia, si scinda in più obbligazioni minori (art. 1964). Il parlare quindi di divisibilità o meno di debito e di azione è del tutto fuori luogo. Il creditore separatista agisce ipoteca-

(1) È questo l' argomento del MASSON, op. cit., pag. 167 e segg., citato dal MELUCCI, op. cit., pag. 263.

(2) Si veda più su a pag. 189 e segg.

riamente sull' immobile su cui è iscritto il suo credito privilegiato: poco importa se l' immobile sia spettato a un solo o a più eredi. Egli dal prezzo della vendita del fondo riceverà il solidum obligationis: nè gli eredi potranno mai opporgli gli art. 1027 e 1204. Sarà tra di essi che tali articoli esplicheranno la loro efficacia ([1]).

([1]) Il MELUCCI, op. cit., pag. 261 e segg., sostiene l' indivisibilità dell' azione per effetto della separatio. E a pag. 274 e segg. parla del danno che può toccare al creditore se si ammette che egli debba scindere la sua azione contro più coeredi. E fa il seguente caso: ' A., uno degli eredi, ha ricevuto in vita dal defunto 100,000. Apertasi la successione, B., l'altro erede, dimanderà la collazione di questi 100,000 (art. 1001). A. vi corrisponde imputando nella sua quota tal valore (art. 1015), di modo che nulla perde effettivamente dei beni rimasti in morte del de cuius. Il creditore separatista *dovendo dividere la sua azione* non potrà pretendere da B. che 50,000, non rappresentando costui nella successione che la metà dei debiti in proporzione della sua quota ereditaria. Intanto A. può essere insolvibile, ed invano il creditore si rivolgerà contro di lui per i rimanenti 50,000! ' Ho sottolineato alcune parole perchè esse danno la chiave della preoccupazione del MELUCCI basata su un errore. Cioè che *sia possibile*, anche volendo, la divisibilità dell' azione. Ora questo non è. Nell' ipotesi fatta il MELUCCI ha dimenticato che il creditore separatista avrà dovuto iscriversi in separazione su di un immobile ereditario e che, sia questo spettato tutto ad un erede per virtù dell' imputazione fatta nella sua quota di un coerede di ciò che ha avuto in vita del defunto, sia diviso tra più eredi, l' azione ipotecaria rimane *sempre* unica e indivisibile e il creditore sarà salvaguardato. Conforme alla soluzione data nel testo si vedano DEMALOMBE, op. cit., vol. XVII, n.° 221 e segg.; LAURENT, op. cit., vol. X, n.° 64, e BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., vol. III, pag. 286 e segg. e la giurisprudenza ivi citata.

CAPITOLO XII

Il commodum separationis nel diritto internazionale

---

110. Posizione e limiti del tema. — 111. Opinione secondo cui la legge dell'erede regola la capacità a separare. — 112. Opinione secondo cui è la legge del defunto quella che decide della facultas separandi. — 113. Opinione dell'autore: la legge secondo cui è divenuta esistente l'obbligazione. - Sua dimostrazione. — 114. Applicazione pratica di tal norma.

110. Esaminerò solo un lato, e brevemente, del vasto e complesso problema che offrirebbe l'intestazione del capitolo: cioè quali norme disciplinano secondo i principî sanciti nel nostro codice civile la facultas separandi dello straniero e la pratica esplicazione del diritto che ne sorge. Sarà forse oggetto di un lavoro speciale lo studio completo del commodum separationis nel diritto internazionale privato, delle regole cioè a cui è sottoposto il cittadino all'estero riguardo all'istituto in esame secondo le varie legislazioni.

Le varie questioni che bisogna necessariamente risolvere si riducono a due fondamentali:

a) ricercare la legge secondo cui accordare il commodum separationis allo straniero, o in altre parole che regoli la sua facultas separandi;

b) fissare le norme che ne sanciscono in Italia la sua pratica esplicazione.

111. Riguardo al primo punto le opinioni sono discordi. Il Pothier ad esempio ([1]) sostiene che sarà la legge dell'erede che determinerà la capacità o meno del creditore a esperire il commodum separationis, poichè, secondo questo scrittore, tale benefizio dipende intieramente dall'aver adito l'eredità.

Ma tale soluzione è evidentemente poggiata su un equivoco. L'aditio hereditatis è il *presupposto* logico, di fatto, per esperire la separatio, e non già il suo *fondamento* giuridico.

112. Il Laurent invece è di opposto avviso ([2]). Il motivo per cui si accorda la separazione è sempre un vincolo personale: l'obbligazione contratta dal defunto. È dunque la legge di quest'ultimo che determina la capacità a separare dei creditori ereditarî.

113. Sorvolando ad altre opinioni, come quella ad es. del Brocher ([3]), che distinguerebbe il carattere del diritto nato colla separatio, e ammettendo che sia un privilegio addotterebbe quindi la legge territoriale dove sono situati i beni, io credo che la ratio decidendi deve ricercarsi in un altro ordine di idee più generale, e per trovarla rifarsi alla *funzione* dell'istituto.

Esso è un commodum diretto a impedire che sul patrimonio del defunto, acquistato per successione dall'erede, vengano a concorso insieme i creditori di quello e i creditori personali di questo, impedendo così od osta-

---

([1]) POTHIER, Des successions, vol. VIII, art. V.

([3]) LAURENT, Droit international, vol. VII, n.° 55-7 e 405.

([3]) BROCHER, Cours de droit international privé suivant les principes consacré par le droit positif français, [1882], vol. I, pag. 429 e segg.

colando l' integrale possibile soddisfacimento dei primi: commodum che si esplica accordando appunto un *privilegio* nel soddisfacimento, limitato solo ai beni ereditarî. Fissata così la figura dogmatica della separatio è facile intendere come in ultima analisi essa non rappresenta che una misura cautelare; una misura accordata per mantenere intatte le garanzie originarie dell' obbligazione; e in altre parole e più brevemente, per impedire che *la sostanza e gli effetti* dell' obbligazione non vengano menomati da fatti posteriori.

Posto ciò, a mio parere la questione si restringe a sapere quale la legge secondo cui è sorta *individualizzandosi* l' obbligazione; che ne determina la *sostanza* e gli *effetti* e le *garanzie giuridiche* della sua esistenza. Ogni altra ricerca io credo sia superflua.

Cosicchè è secondo questa legge che accorda o meno tale misura di garanzia dell' obbligazione, sorta secondo le sue prescrizioni, che in altre parole ne è stata la sua *causa giuridica*, costituendone, per adoperare un' espressione più plastica, il suo *stato civile*, che deve decidersi sull' ammissibilità o meno di parte dei creditori stranieri della facultas separandi invocata in Italia.

Tale mia idea trova appoggio nella nostra legge. Il nostro codice infatti all' art. 10 delle disposizioni preliminari stabilisce che ' la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una medesima nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà '.

114. Come si scorge, la soluzione che io dò al problema è molto più ampia e generale, e comprende in sè la soluzione del Laurent, insufficiente nella maggior parte dei casi. Poichè data l' ipotesi che uno spagnuolo ed un francese contrattino in Italia e, morto il primo,

quest' ultimo esperisce il commodum separationis e si iscrive in separazione sopra un fondo situato in Italia, i nostri giudici devono senz' altro respingere l' opposizione che eventualmente solleverebbero i creditori personali dell' erede spagnuolo, motivata dal fatto che il codice di questa nazione non riconosce l' istituto in esame.

Al contrario devesi decidere se l' obbligazione si stipula in Spagna, e questa legge è stata scelta dalle parti. In simile evenienza, in base al citato art. 10 del nostro codice, si deve vietare che l' iscrizione in separazione accesa sul fondo situato in Italia abbia efficacia.

Riguardo poi alle regole che disciplinano l' esplicazione pratica della facultas separandi dello straniero e che si riferiscono ad es. al modo con cui pigliar l' iscrizione, deve senz' altro ammettersi che esse siano quelle sancite dal nostro codice.

INDICE DELLE FONTI CITATE[1]

DIG. I, 3, fr. 6 . . . . . Pag. 87
» III, 1, fr. 1, § 2 . . » 22, n. 1
» IV, 4, fr. 7, § 5 . . » 19, n. 1
» XXVIII, 6, fr. 1, § 6 » 19
» » 6, fr. 12 . . » 19, 75
» XXIX, 2, fr. 8 pr. . » 87
» » 2, fr. 33. . . » 19
» » 2, fr. 42. . . » 19
» » 2, fr. 47. . . » 19, n. 1
» » *fr. 71, § 1 . » 19, n. 1
» XXXIV, 2, fr. 5. . . » 20
» XXXVI, 2, **fr. 11 § 2 » 33, **n. 1**
» » 2, fr. 81. . . » 74, **n. 1**
» » 4, fr. 5, § 2. » **73**
» XLII, 3, *fr. 7. . . . » 44, **86 n. 1**
» » 4, fr. 6 pr. . . » 23
» » 5, fr. 1 . . . . » 63
» » 5, fr. 2 . . . . » 63
» » 5, fr. 6 pr. . . » 74, **n. 1**
» » 5, fr. 12 pr.. . » 73, n. 1
» » 5, fr. 12 § 1. . » 63, n. 1
» » 5, fr. 31 pr.. . » 45
» » 5, fr. 31 § 1. . » 46
» » 5, fr. 31 § 3. . » 45

DIG. XLII, 5, fr. 31 § 4. . Pag. 46
» » 5, fr. 31 § 5. . » 46
» » 6, fr. 1 pr. . . » 43, **62**
» » 6, fr. 1 § 1 . . » **21**, 39, 41, 64, 65, **71**
» » 6, fr. 1 *§ 2. . » **31, n. 1**
» » 6, fr. 1 § 3 . . » 59, **66**
» » 6, fr. 1 § 4 . . » **93**
» » 6, fr. 1 *§ 5 . . » **32**
» » 6, fr. 1 *§ 6 . . » **34**, 72
» » 6, fr. 1 § 7 . . » **25**, 40, 66, 76
» » 6, fr. 1 § 8 . . » **26**, 40, 66, 76
» » 6, fr. 1 **§ 9. . » **26**, **27**, **n. 1**, 40, 66, 76
» » 6, fr. 1 § 10. . » **49**, **51**
» » 6, fr. 1 § 11. . » **51**
» » 6, fr. 1 § 12. . » **56**
» » 6, fr. 1 **§ 13 . » **17**
» » 6, fr. 1 *§ 14 . » **62, n. 1**
» » 6, fr. 1 **§ 15 . » **52**, n. 1, **91**
» » 6, fr. 1 § 16. . » 73
» » 6, fr. 1 § 17 . » **82** e segg.

---

[1] Le cifre in carattere *grassino* indicano la pagina dove il fr. è stato più a lungo discusso: un * significa che il fr. è interpolato o vi si riscontra un glossema secondo il parere dell'A.; due ** che l'interpolazione era stata già segnalata.

DIG. VLII, 6, fr. 1 *§ 18 . Pag. 18, **23**, **24, n. 1**, 40
» » fr. 2 . . . . . . » **57**
» » fr. 3 pr. . . . . » **27**, 60
» » fr. 3 § 1 . . . . » **59**
» » fr. 3 § 2 . . . . » 44, **83** segg.
» » fr. 4 pr. . . . . » 23, **43**, 40
» » fr. 5 . . . . . . » 32, 44, 56, **83** e segg.
» » fr. 6 pr. . . . . » 23, **29**, 40, 93
» » § 1. . . . . . . » **35**
» » fr. 7 . . . . . . » **52**, 71
» » fr. 2 pr. . . . . » 63, n. 1
» » fr. 5 , ... » 73, n. 1
» » fr. 6 . . . . . . » 74, n. 1
» XLIV, 7, fr. 40 . . » 29
» XLIX, 14, fr. 17 . . » 30, n. 1, 94
» » 14, fr. 37 . . » 30, n. 1, 94
» » 14, fr. 48 § 1 » 30, n. 1
» L. 16, fr. 10 . . . . » 22, **n. 1**, 24
» » 16, fr. 11 . . . . » 22
» » 17, fr. 196. . . . » 67

COD. I, 14, 6 . . . . . . » 87
» IV, 16, 6 . . . . . . » 36, 40, 41
» » 30, 22 § 4. . . . » 55
COD. VII, 72, 1 . . . . . Pag. 23, n. 1
» » 72, 2 . . . . . » 17, **52**, 64
» » 72, 6 . . . . . » **36**, 40, 41
» VIII, 42, 8 . . . . . » **53**
» X, 7, 1 . . . . . » 30, n. 1

NOV. 4 . . . . » 28

BASILICI, IX, 7, 37 . . . » 33
» » 7, 38 . . . » 40, n. 1
» » 7, 46 . . . » 41, n. 1

FRAG. VAT., 77 . . . . . » 20

GAIO, II, 52. . . . . . . » 15
» V, 78. . . . . . . » 85
» » 154. . . . . . . » 20, 40
» » 155. . . . . . . » 16, 44, n. 1, 86
» » 224. . . . . . . » 15
» » 225. . . . . . . » 15

CICERONE, Phil. II, 16, 42 » 15, n. 1

MARZIALE, 5, 61, 10 . . » 20

SUMMA CODICIS attribuito ad IRNERIO . » 100

ERRATA-CORRIGE

Pag. 32, n. 1: Paulus, fr. 2	Paulus, fr. 5.
» 34, rig. 14.ª: fr. 1, §§ 16 e 18	fr. 1, §§ 6 e 18.
» 40, » 23.ª: fr. 4	fr. 6, pr.
» 40, » 28.ª: 72, 7	72, 6
» 47, n. 1, rig. 2.ª: «Sicheres solu-endo	si heres soluen-.
» 47, » 1, » 4.ª: Pand. 8. röm	Pand. des röm.
» 57, rig. 27.ª: « Itemqueritur	« § 11. Item quaeritur
» 52, » 14.ª: § 25	§ 15
» 53, » 6.ª: [Cod. VIII, 42]	[Cdo. VIII, 42, 8]
» 64, » 33.ª: [VIII, 72]	[VII, 72]
» 80, » 10.ª: fr. 1, § 17	fr. 1, § 18
» 81, » 18.ª: A questa conclusione	30. A questa conclusione
» 83, rig. 17.ª: § 3	§ 2

» 109: all'art. 2057 deve succedere l'art. 2058 che fu saltato, così concepito: ' L'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario non dispensa i creditori del defunto e i legatarî che intendono valersi del diritto di separazione, dall'cperare quanto è stabilito in questo titolo '.

Pag. 109, rig. 13.ª: art. 2058	art. 2059
» » » 15.ª: art. 2059	art. 2060
» 115, » 1.ª: art. 2050	art. 2054

DELLO STESSO AUTORE

Il diritto internazionale dei romani, pag. IV-158. Modena 1898. [Estratto dall'*Archivio Giuridico* " *Filippo Serafini* ". N. S. vol. I, II].

I feziali e il diritto feziale, pag. VI-67, Milano 1898. [Estratto dalla *Enciclopedia giuridica italiana*].

Le due scuole dei giureconsulti romani, pag. XVI-141. Firenze 1898.

Nota alla dottrina della res mancipi nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* vol. XXVII [1899].

Di una recente congettura sui libri ad vitellium di Masurio Sabino [Estratto nell' *Archivio Giuridico* " *Filippo Serafini* ". N. S. vol. IV].

Importanza odierna del diritto romano e per metodo di studio e d'insegnamento. Prolusione ad un corso di Istituzioni di dir. romano pag. 36. Palermo 1900.

La storia del diritto e la sua funzione nell' odierna giurisprudenza. Prolusione ad un corso di Storia del dir. romano. pag. IV-32, Roma 1900. [Estratto dagli *Studi e documenti di storia e diritto* vol. XXI].